

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Оксфордский университет, Великобритания)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральский государственный юридический университет, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2020

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2020



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

К.А. Барышева, Д.М. Максимов

Отказ в признании и исполнении в Российской Федерации иностранного судебного решения, полученного обманным путем. 4

Е.П. Войтович

Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права 26

С.В. Зыков

Осуществление права отцовства в современной России: правоприменительные и законодательные препятствия 44

И.П. Можаяева

Основные направления противодействия преступным посягательствам на культурные ценности. 72

Д.Н. Кархалев

Восстановление нарушенных гражданских прав во внесудебном порядке 90

Дискуссионный клуб

Д.В. Пятков

Смерть человека в контексте учения о лицах 112

Право в современном мире

А.С. Исполинов

Эволюция правового статуса оговорок: от «правила единогласия» Лиги Наций до Руководства Комиссии международного права по оговоркам 2011 года 134

О.В. Сергеева

Влияние цифровизации на регулирование преддоговорных отношений в международном частном праве 162

К.А. Пономарева

Основные свободы и их влияние на режим налогообложения прибыли и доходов в Европейском союзе и Евразийском экономическом союзе 185

Е.В. Постникова

Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза 207

М.В. Вениаминова

Натурализация в Испании в свете иммиграционных процессов. 235

Рецензии

Д.Ю. Полдников

У истоков общеевропейских стандартов правосудия 253

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

G. Ajani (University of Torino, Italy)
J. Basedow (Max-Planck Institute, Federal Republic of Germany)
N.A. Bogdanova (Moscow State University, Russian Federation)
S.F. Deakin (University of Cambridge, Great Britain)
G.B. Dinwoodie (Oxford University, Great Britain)
T. Endicott (Oxford University, Great Britain)
G.A. Gadzhiev (Constitutional Court of Russian Federation)
A.A. Ivanov (HSE, Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE, Russian Federation)
T.G. Morschakova (HSE, Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian University of Peoples' Friendship, Russian Federation)
V.D. Perevalov (Ural State Law University, Russian Federation)
V.A. Sivitsky (Constitutional Court of Russian Federation)
Yu.A. Tikhomirov (HSE, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE, Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

K.A. Barysheva, D.M. Maksimov

The Refusal for Recognition and Enforcement in the Russian Federation of a Foreign Judgment Obtained by Fraud 4

E.P. Voytovich

The Public Order Reservation to Application of Foreign Family Law 26

S.V. Zykov

Problems of Implementing Rights of Fatherhood in Modern Russia 44

I.P. Mozhaeva

The Counteractions Against Criminal Encroachments at Cultural Values . . . 72

D.N. Karkhalev

Restoration of Violated Civil Rights out of Court 90

Discussion Club

D.V. Pyatkov

The Death of Man in Context of Study of Persons 112

Law in the Modern World

A.S. Ispolinov

The Evolution of Legal Status of Reservations: from the League of Nations Unanimity Rule to the International Law Commission 2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties 134

O.V. Sergeeva

The Influence of Digitalization on Regulating Precontractual Relations in Private International law 162

K.A. Ponomareva

The Fundamental Freedoms and their Influence on Profit Taxation in EU and EAEU 185

E.V. Postnikova

Legal Regulating Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union 207

M.V. Veniaminova

Naturalization in Spain in Light of Immigration Process 235

Book Review

D.Yu. Poldnikov

The Sources of the European Judicial Standards 253

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) on the base of Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Отказ в признании и исполнении в Российской Федерации иностранного судебного решения, полученного обманным путем



К.А. Барышева

Доцент, департамент дисциплин публичного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: kbarysheva@hse.ru



Д.М. Максимов

Старший преподаватель, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: aerolife@rambler.ru



Аннотация

В июле 2019 года в международном частном праве произошло знаковое событие, связанное с утверждением окончательного текста Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским или торговым делам. Уже более 10 лет Гагская конференция по международному частному праву не представляла новых конвенций. Россия активно участвовала в завершающих процедурах и направила правительственную делегацию на 22-ю дипломатическую сессию Гагской конференции по международному частному праву для подписания завершающего акта сессии. Перспективы подписания и ратификации Конвенции ключевыми участниками международной торговли пока являются вопросами будущего. В статье дан анализ положений Конвенции и возможности имплементации норм международного права в национальное законодательство. В российском праве отсутствует эффективная система распознавания и противодействия обману суда со стороны участвующих в гражданском или арбитражном процессе лиц. Термин «fraud», используемый в Конвенции, не имеет аналогов в российском законодательстве и правоприменительной практике, если мошеннические действия стороны процесса привели к неправильному судебному решению, которое вступило в силу. Отмена или пересмотр такого судебного решения практически невозможны. Особенно болезненно проявляется данный недостаток российского права в отношении признания иностранных судебных решений, полученных обманным путем. Вакуум правового регулирования возникнет в случае присоединения России к Конвенции, которая признает возможность такого порока судебного решения, но у российского суда нет возможности идентификации порочных судебных решений. Это ставит под

сомнение всю процедуру и результат признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в России. В данной статье авторы ставят перед читателями базовые вопросы, связанные с окончательностью судебных решений и возможностями их пересмотра в будущем, указывают на неготовность российского права к участию в Конвенции и на важность данного института Конвенции об обманных решениях, на недопустимость оговорки при принятии государствами Конвенции в этой части.



Ключевые слова

судебное решение, признание, исполнение, Гагская конференция по международному частному праву, международный гражданский процесс, мошенничество, обман суда, фальсификация доказательств, суперспециализация судей.

Для цитирования: Барышева К.А., Максимов Д.М. Отказ в признании и исполнении в Российской Федерации иностранного судебного решения, полученного обманным путем // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 4–25.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.1.4.26

Введение

Разработчики Гагской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским или торговым делам (2019) (далее — Конвенция) предприняли поистине титанические усилия в попытках придать ей универсальный характер [Haines A., 2002: 159]. Эти достижения нсаиболее ясно видны в ст. 1 «Сфера действия» и ст. 2 «Исключения из сферы действия», где подробно перечислены многочисленные области права, на которые Конвенция не распространяется, и которые могли отпугнуть потенциальных ратификантов. Наиболее интересным институтом, который интегрирован в Конвенцию, является институт отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения. Данный институт преимущественно закреплен в ст. 7 Конвенции и содержит норму, не знакомую российской правовой системе, а именно — возможность отказа в признании и исполнении решения на основании того, что оно было получено мошенническим (обманным) путем.

Юристы в России не устают публиковать информацию о рисках мошеннических схем, в которые вовлекаются суды, и исследовать правоприменительную практику на этот счет [Петров С.А., 2013: 42]; [Смолин С.В., 2015: 94]. Тем актуальнее эта проблема в контексте гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, поскольку затрагивает интересы и правовую политику многих правовых порядков, и такие формы мошенничества существенно труднее выявить и пресечь. В финансовом мире, который

глобален уже достаточно давно¹, трансграничный переток капитала является нормой международной торговли и инвестиций, он гарантирован правом и в случае легальности по внешним признакам не ограничивается законодательством большинства развитых государств [Звонова Е.А., 2019: 135].

Проблема необходимости исполнения на территории России решений иностранных судов, вынесенных в результате мошенничества или иных обманных действий, также опасна, как и проблема исполнения за пределами России аналогичных решений, принятых российскими судами. Обязательность исполнения подобных решений в обход ограничений на движение капитала в связи с невозможностью вмешательства органов исполнительной власти в реализацию решений органов судебной власти (в силу принципа разделения властей) делает данные финансовые потоки неуязвимыми. Получается, что судебная система используется для противоправных целей, но в России нет механизма исправления данного явления.

Российская Федерация при ратификации данной Конвенции может воспользоваться ст. 18, которая предполагает изъятия из применения Конвенции для специально обозначенных государством-участником случаев, которые затрагивают его важнейшие интересы. Неизвестно, идет ли речь в данном случае только о публичном порядке либо возможно расширительное толкование государством-ратификантом. Однако не может быть рациональной аргументации в поддержку того, что неприменение Конвенции к решениям судов, полученных мошенническим (обманным) путем, образует жизненно важный правовой интерес Российской Федерации. В таком случае будет нарушаться конституционный принцип правового государства². Россия как правовое государство не может быть заинтересована как в исполнении неправовых решений собственных судов за рубежом, так и аналогичных решений зарубежных судов на своей территории. Следовательно, единственным адекватным способом ратификации Конвенции является предваряющая имплементация в национальное право России института ответственности за решения судов, полученных мошенническим (обманным) путем, и идентификация таких решений в качестве недействительных.

1. Обман суда и его квалификация

В рамках данной работы мы будем вынуждены избегать прямого употребления термина «мошенничество» из-за отсутствия квалификации в Уго-

¹ Указ Президента Российской Федерации от 30.11.2016 № 640 «Об утверждении Концепции внешней политики РФ». Концепция внешней политики РФ, п. 13. Available at: URL: <http://ivo.garant.ru/#/document/71552062/paragraph/1:0> (дата обращения: 20.11.2019)

² Конституция Российской Федерации. Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201408010002> (дата обращения: 23.12.2019)

ловном Кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) данного деяния в контексте злоупотребления доверием суда или прямого обмана суда с целью хищения чужого имущества или приобретения на него права. В блоке статей УК РФ, касающихся мошенничества, содержатся описания иных составов уголовно-наказуемых мошенничеств, но явной ссылки на мошенничество в суде при предъявлении иска, сборе доказательств или иных схожих ситуациях отсутствует.

Еще в 2013 году С.А. Петров в своей статье «Обман суда как способ мошенничества» [Петров С.А., 2013: 43] указывал на неприменение судами к подобным случаям Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.12.2007 N 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»³. В Постановлении было разъяснено, что мошенничество совершается путем обмана или злоупотребления доверием, под воздействием которых уполномоченный орган власти передает имущество или право на него другим лицам либо не препятствуют изъятию этого имущества или приобретению права на него другими лицами. Поскольку Конституцией России суд отнесен к органам власти, то, следуя логике Пленума Верховного Суда, можно сделать вывод, что путем обмана данного органа власти возможно совершить мошенничество.

На практике подобные деяния не квалифицировались в качестве мошеннических, поскольку адресатом преступного воздействия выступал суд, который не смог разобраться в преступности действий мошенника и оказался, вольно или невольно, вовлечен в преступление. Именно наличие суда в составе своеобразных жертв мошенничества делает данную «схему» ненаказуемой правом. Суд всегда может сослаться в обоснование своего решения на конституционное право лица на обращение в суд для защиты его нарушенного права. Реализация данного права не может образовывать состав уголовно-наказуемого деяния.

Квалификация действий заинтересованного лица в качестве мошенничества затруднена в данном случае и в связи с тем, что объектом преступного посягательства выступает нормальная деятельность органов правосудия, осуществляющих производство по гражданским делам, и не ведущих судебного следствия в контексте возможного нарушения стороной или иным лицом в деле норм уголовного права. В результате преступного посягательства мошенничество образуется в гражданско-правовой судебной процедуре, которая не оснащена для противодействия такого рода посягательствам специальными защитными механизмами. Поэтому перед законодателем появляется проблема не просто определения мошенничества в судебной сфере

³ Available at: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/1685377/> (дата обращения: 23.12.2019)

гражданского производства, но и создания процессуальных механизмов выявления и пресечения возможных мошеннических манипуляций гражданскими судами.

Подобная синергия гражданского и уголовного судопроизводства не характерна для действующей российской практики деления судов на коллегии по гражданским и уголовным делам, судьи которых строго специализированы и обычно не переходят из коллегии в коллегия. Такая суперспециализация судей оказывается слабым местом всей судебной системы перед уголовно-правовым воздействием на гражданско-правовую сферу со стороны недобросовестных участников процесса. Перед судом по гражданским делам встал вызов противостоять мошенническим действиям уголовно-правового характера, которыми могут являться поступки и процессуальные акты сторон, третьих лиц и иных участников процесса. Судья по гражданским делам, ранее оперировавший презумпцией добросовестности поведения сторон в процессе и занимавшийся установлением истины в гражданско-правовой сфере, теперь вынужден пересмотреть подход в пользу необходимости исследования правомерности требований, аргументов и доказательств в деле на предмет непротиворечивости нормам уголовного права.

Подобное дополнительное исследование фактически требует создания дополнительной стадии гражданского процесса, в рамках которой стороны должны будут доказать и обосновать уголовно-правовую легальность своих доводов и доказательств, что приведет к появлению презумпции «грязных рук» у сторон. В случае неубедительности или недостаточности доводов об уголовно-правовой чистоте доказательств добросовестный участник гражданского процесса может столкнуться с отказом в судебной защите. Все эти последствия требуют всестороннего осмысления и обсуждения в рамках национального юридического сообщества для выработки рационального законодательного подхода с целью криминализации мошенничества в данной сфере.

2. Проблема презумпции истинности судебных решений

В правовых исследованиях отмечается наличие сложившейся презумпции истинности приговора, вступившего в законную силу [Сычева О.Н., 2008: 92]. Данная презумпция предполагает обязательность исполнения таких приговоров и препятствует эффективному пересмотру ошибочных приговоров, основанных на заблуждениях суда, но вступивших в законную силу. В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 21.12.2011⁴ была

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»

сделана попытка разрешения данной преюдициальной проблемы путем возбуждения уголовного дела по признакам преступления, предусмотренного ст. 303 УК РФ в связи с фальсификацией доказательств, повлекшей тяжкие последствия.

По мнению Конституционного Суда, далее следует добиваться отмены первоначального решения суда ввиду вновь открывшихся обстоятельств. Подобный алгоритм действий является слишком трудоемким и долгим в реализации, из-за чего нарушенное право оказывается беззащитным, а его восстановление обусловлено работой следственных органов, а не действиями истца по самостоятельной защите. Действия по возбуждению уголовного дела и сбору доказательств потерпевшее лицо будет вынуждено совершать в условиях действующего неправового решения, рискуя получать бесконечные отказы в возбуждении дела из-за преюдициального характера вступившего в силу решения. К тому же такое лицо заведомо находится в уязвимом положении «борца с системой», который доказывает, что суд неправ. Как преодолеть проблему ошибочных решений судов, вызванных обманом или злоупотреблением доверием, но которые не основаны на фальсифицированных доказательствах, в позиции Конституционного Суда не раскрывается. Постановление Пленума Верховного Суда от 30.11. 2017 N 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»⁵ также не решает обозначенной проблемы.

Наиболее характерным решением в данной категории дел является Постановление Президиума Верховного Суда от 25.12.2013 по делу N 175-П13⁶, в котором дана уголовно-правовая оценка обмана суда как способа мошенничества: «Суд первой инстанции при назначении наказания учел, что преступление, предусмотренное ч. 4 ст. 159 УК РФ, совершено Г. путем обмана судебного органа, который фактически придал законный вид их преступным действиям, в связи с чем совершенное преступление не только сопряжено с определенной тяжестью и значительностью нанесенного ущерба, но также подрывает авторитет и доверие к судебной власти. Однако совершение преступления путем обмана (в данном случае судебного органа) является обязательным признаком мошенничества и не может повторно учитываться при назначении наказания. В связи с этим вышеизложенные обстоятельства, относящиеся к признакам преступления и способу его совершения, учтен-

Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко» // Российская газета. 2012. № 2.

⁵ Available at: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71723288/> (дата обращения: 23.12.2019)

⁶ Available at: URL: <https://www.zakonrf.info/suddoc/35313ba28be8843c576b49585017226b/> (дата обращения: 29.11.2019)

ные судом при назначении виновным наказания и повлиявшие на его более строгий размер, подлежат исключению из приговора».

Из данного решения усматривается обман суда как признак и способ совершения преступления, а не как отдельный состав или квалифицирующий признак. Суд явно стремится не выходить за рамки традиционного узкого понимания обмана как способа мошенничества. В результате мы имеем в российском законодательстве и правоприменительной практике лагуну, которой пользуются недобросовестные лица, и о которой регулярно критически высказываются практикующие юристы.

В данном случае решением проблемы является имплементация понятия «решения суда, полученного мошенническим (обманным) путем» в российское законодательство из Конвенции 2019 года. Прямая трансляция данной нормы права в российскую правовую систему без принятия отдельного закона невозможна, так как нет определения понятия решения суда, полученного мошенническим (обманным) путем, в самой Конвенции. Весьма ограничены инструменты толкования Конвенции 2019 года, описанные в ст. 20 и 23, что не позволит вывести из нее полный смысл данной формы мошеннических действий. Российское уголовное право требует интеграции всех норм об уголовно-правовой ответственности в УК РФ (ст. 1), следовательно, даже при учете приоритета норм международного договора над федеральным законом согласно п. 4 ст. 15 Конституции невозможно исполнять Конвенцию в полном объеме без внесения поправок в уголовный закон, которые бы определяли описываемое основание для непризнания и отказа в исполнении иностранного судебного решения. Подобная новелла решила бы назревшую проблему российского правоприменения и позволила бы отказывать в признании и исполнении неправовых иностранных судебных решений на российской территории.

3. Толкование термина “fraud”

В п. 1 ст. 7 Конвенции сказано дословно следующее: «В признании или приведении в исполнение может быть отказано, если судебное решение было получено путем мошенничества». Слово “fraud” в английском языке имеет базовое значение «мошенничество», но в некоторых контекстах переводится также как «обман» (в противопоставление введению в заблуждение — *misrepresentation*), «афера», «махинация», «подлог», «подделка», «шарлатанство», «самозванство», «хищение»⁷. Часть данных терминов имеют уголовно-правовую окраску, часть — расхожие выражения и морально осуждаемые явления, но не правовые категории.

⁷ Словарь Мультитран. Available at: www.multitrans.com (дата обращения: 23.12.2019)

Для верной интерпретации термина “fraud” важно учесть ст. 4 Конвенции, которая требует ограничить основания отказа в признании и приведении в исполнение лишь основаниями, предусмотренными Конвенцией. Это делает ее крайне важным двусторонним источником права в отношении государств-участников Конвенции в сравнении с другими государствами-партнерами. Данным положением Конвенция закрепляет свою доминирующую роль над национальным правом, исключая из оснований отказа иные, не предусмотренные в ней параметры, которые могут быть в национальном праве. Так проявляется унифицирующая сила Конвенции. Также существенны положения ст. 13 Конвенции, которая требует при разрешении процессуальных вопросов признания и приведения в исполнение (и, очевидно, при отказе в таковом, поскольку отказ является одним из возможных результатов реализации процедуры признания и приведения в исполнение) использовать процессуальное право государства места рассмотрения запроса кроме случаев, явно предусмотренных Конвенцией.

Поскольку Конвенция не делает исключений для мошеннических (обманных) судебных решений, то при рассмотрении подобного вопроса, например, в суде Российской Федерации у суда должен быть процессуальный инструментарий, позволяющий разрешать вопрос о мошенническом (обманном) характере рассматриваемого решения. Следовательно, помимо материально-правовой квалификации мошеннических (обманных) судебных решений, в российском законодательстве может потребоваться и процессуальный механизм их идентификации. Релевантны в данном случае и требования унифицированного толкования согласно международному характеру Конвенции и необходимости ее согласованной интерпретации, указанные в ст. 20. Однако в связи с новизной Конвенции существенный опыт ее применения не накоплен. Статья 26 Конвенции позволяет присоединиться региональной экономической интеграционной организации, которая имела бы компетенцию относительно некоторых или всех вопросов Конвенции. Вопросы составов уголовно-наказуемых деяний не отнесены к компетенции Евразийского экономического союза, в котором участвует Россия⁸, поэтому термин “fraud” не может быть кодифицирован в актах данной международной организации [Брановицкий К.Л., Аленкина Н.Б., 2018: 188].

Из применимых в данном случае источников российского права остаются только национальное законодательство и международные договоры. В национальном законодательстве нет явных признаков термина “fraud” в непосредственной формулировке в связи с судебными решениями. Международные договоры России также не содержат подобного термина [Игна-

⁸ Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в Астане 29.05.2014 (ред. от 15.03.2018). Ст. 1–7. Available at: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=293753> (дата обращения: 22.12.2019)

тьева Ю.А., 2017: 67]. Статья 55 Минской конвенции (1993) не содержит основания отказа в признании и приведении в исполнении в связи с мошенническим (обманным) судебным решением⁹. Статья 9 Киевского соглашения (1992) также не содержит подобной формулировки¹⁰. Не ратифицированные Россией Московское соглашение (1998)¹¹ и Кишиневская конвенция (2002) (ст. 59)¹² также не в силах решить поставленную задачу, даже если гипотетически предположить, что они будут в перспективе ратифицированы.

4. Российский подход

Процессуальное законодательство России устанавливает, что все доказательства должны быть допустимы, относимы, достоверны. В действующем законодательстве предусмотрена уголовная ответственность за предоставление недостоверных доказательств, т.е. за подделку, искажение, подмену подлинной информации или предметов, являющихся доказательствами по гражданским, административным, уголовным делам. При этом доказательства, полученные с нарушением закона, не являются предметом рассматриваемой нормы. Сфальсифицированы могут быть любые доказательства, предъявляемые в суд, например, договоры, акты сверок, долговые расписки, заключения эксперта, вещественные доказательства.

Согласно ч. 1 ст. 303 УК РФ фальсификация доказательств лицом, участвующим в деле, или его представителем наказывается штрафом, исправительными работами, обязательными работами либо арестом. Состав преступления формальный, преступление считается оконченным с момента предоставления суду фальсифицированных доказательств. Несмотря на то,

⁹ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Заключена в Минске 22.01.1993 (с изм. от 28.03.1997). Available at: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=5942> (дата обращения: 25.12.2019)

¹⁰ Постановление Верховного Суда РФ от 09.10.1992 N 3620-1 «О ратификации Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности». Available at: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=835> (дата обращения: 22.12.2019)

¹¹ Соглашение Правительств государств-участников стран СНГ от 06.03.1998 «О порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества». Вступила в силу для (по состоянию на 12.11.2018): Азербайджана, Казахстана и Таджикистана — с 09.01.2001; Киргизии — с 21.08.2003. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/8313849> (дата обращения: 13.12.2019)

¹² Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 07.10.2002). Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/901898597> (дата обращения: 20.12.2019)

что объективная сторона преступления схожа с мошенничеством, где преступление может совершаться путем активного обмана, выражающегося, в том числе в предоставлении подложных документов, искажении информации и пр., объекты преступлений двух составов различны. Объектом мошенничества выступают отношения собственности, тогда как при фальсификации доказательств собственность является непосредственным факультативным объектом — причинение действиями лица имущественного вреда при предоставлении в суд подложных доказательств не имеет значения для квалификации действий по ч. 1 ст. 303 УК РФ. Также отсутствует квалифицированный состав, предусматривающий повышенную ответственность за причинение значительного, крупного, либо особо крупного материального ущерба, либо извлечения выгоды для лица, участвующего в деле.

Нормами отраслевых кодексов — ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ предусмотрена возможность заявления о фальсификации доказательств в рамках судебного разбирательства. В таком случае суд может для проверки этого заявления назначить экспертизу или предложить сторонам представить иные доказательства. Второй способ разрешения вопроса о фальсификации доказательств — заявление заинтересованного лица в полицию. Фальсификация документов чаще всего осуществляется с целью получения определенной выгоды в пользу заинтересованного лица, принятия решения в пользу осуществляющего обман. Так, в ходе судебного заседания по рассмотрению гражданского дела № А62-6278/2017, Денисов А.Н., реализуя свой преступный умысел, направленный на фальсификацию доказательств по гражданскому делу, и будучи лицом, участвующим в деле, с целью дальнейшего принятия судом решения в свою пользу ходатайствовал о приобщении к материалам дела товарной накладной № 2/2 от 20.02.2016 на сумму 958 470,00 руб. о поставке товара. Судья Арбитражного суда Смоленской области Либерова Л.В., рассмотрев заявленное ходатайство, определила приобщить представленную ответчиком Денисовым А.Н. товарную накладную № 2/2 от 20.02.2016 на сумму 958 470,00 руб. к материалам дела¹³. Однако впоследствии по заявлению истца была проведена экспертиза подлинности накладной, в результате которой и выявилась фальсификация документа. Получается, что суд при рассмотрении дела приобщил в качестве доказательства поддельный документ и принял на его основе неправовое решение. Заблуждение суда в данном случае было вызвано действиями одной из сторон по делу, которая желала таким образом завладеть чужим имуществом. На лицо мошенничество с введением в заблуждение суда, которое не верифицируется российским правом в качестве такового.

¹³ Постановление № 1-231/2019 Ленинского районного суда г. Смоленска от 28.05.2019 по делу № 1-231/2019.

Другим примером может служить уголовное дело Загарских А.А. Согласно факту дела, в начале 2018 года неустановленное лицо, имея умысел на совершение хищения денежных средств, обратилось к Загарских с просьбой помочь снять принадлежащие этому неустановленному лицу заблокированные налоговыми органами денежные средства с расчетных счетов контролируемых им ООО-1 и ООО-2. Схема совершения преступления предполагала выплату денежного вознаграждения в пользу Загарских после предоставления ею в суд поддельных документов, содержащих заведомо ложные сведения о ее трудоустройстве в указанных организациях (ООО-1 и ООО-2) и наличии перед ней задолженности по заработной плате. Мировой судья судебного участка № 60 Нововятского судебного района г. Кирова, руководствуясь принципом добросовестности участников гражданских правоотношений, и основываясь на предоставленных в суд поддельных документах (заявлении от имени Загарских А.А. о выдаче судебного приказа о взыскании заработной платы, трудовом договоре между Загарских А.А. и ООО, справке о задолженности по заработной плате перед Загарских А.А.) как на доказательствах по гражданскому делу, в соответствии со ст. 121-127 ГПК РФ вынесла судебный приказ о взыскании с ООО в пользу Загарских А.А. задолженности по заработной плате в размере 482850 руб. Проверка истинности доказательств не производилась, документы принимались на веру без анализа иных источников (например публичных данных бухгалтерского учета юридического лица, штатной численности согласно статистическим данным, заработной платы, налогов и сборов в пользу Загарских по данным налогового и пенсионного учета), которые подтверждали или опровергали бы позицию истца. Суд не принял во внимание отсутствие адекватной позиции по делу со стороны ответчика и факт предшествующей блокировки его банковских счетов налоговыми органами.

Фактически суд вмешался в решение органа исполнительной власти (ФНС России) и предоставил физическому лицу неправомерный доступ к денежным средствам юридического лица без надлежащей проверки оснований иска, доказательств по делу и не принимая во внимание факт блокировки банковских счетов ответчика. Подобная преступная по мотиву и характеру исполнения схема мошеннического хищения денежных средств юридических лиц, которые заблокированы в обеспечительных целях органами исполнительной власти, ставит под сомнение весь правовой механизм подобных обеспечительных блокировок и демонстрирует неспособность суда учитывать такую блокировку в качестве препятствия для удовлетворения иска. Получается, что суд идет на поводу у преступников, позволяя им обходить решения органов исполнительной власти, и сам суд является обязательным элементом преступной схемы. Механизма оспаривания данного

решения у органа исполнительной власти нет, поскольку он не является стороной трудового спора и не вправе препятствовать исполнению судебного решения.

Данное уголовное дело демонстрирует возможность исправления судебной ошибки, допущенной в гражданском процессе, но только средствами уголовного процесса и преследования. Однако данное исправление не учитывает мошеннического характера операции с использованием суда в качестве фактического, пускай и не обязательно осведомленного об этом, соучастника преступления. Рассмотрение данного дела только с позиций преступления против правосудия неверно, так как субъективная сторона деяния связана не с воздействием на суд в рамках трудового спора, а с мотивом хищения денежных средств юридического лица, где инициированный гражданский процесс и введенный в заблуждение суд — это лишь способ совершения преступления, но не цель преступного посягательства. В данном случае мы вновь имеем судебное решение, полученное мошенническим путем, которое не квалифицируется российским правом в качестве такового¹⁴.

Согласно судебной статистике в 2017 г., 74 человека привлечены к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 303 УК РФ, в 2018 г. — 63. Данные показатели позволяют сделать вывод, что норма применяется на практике. Однако выявление наличия в деле доказательств, которые фальсифицированы, не всегда происходит на стадии рассмотрения гражданского дела. Таким образом, решение суда может быть основано на недостоверных сведениях, искаженной информации, а, значит, проигравшей стороне необходимо подать заявление о пересмотре вступившего в законную силу решения суда по вновь открывшимся обстоятельствам, к которым закон относит, в том числе фальсификацию доказательств, повлекшую за собой принятие незаконного или необоснованного судебного постановления. Получается, что в настоящее время в УК РФ нет нормы, закрепляющей ответственность за мошенничество в суде, однако при необходимости имплементации положений Конвенции возможно внесение изменений в уже действующую ст. 303 УК РФ, которая по своей сути содержит положения, схожие с мошенничеством в том смысле, которым наделяет этот термин положения международного акта.

5. Зарубежный подход

В институте признания и приведения в исполнение судебных решений зарубежных стран широко признана теория кумулятивности, которую также именуют теорией ассимиляции [Куликова Д.С., 2014: 149]. Данная теория основана на возможности действия иностранного судебного решения

¹⁴ Приговор Нововятского районного суда г. Кирова от 27.05.2019 по делу № 1-88/2019.

в строгих границах, аналогичных по содержанию судебных решений внутри признающего государства. Логика данного подхода основана на идее, что признающий судебный акт не может наделять иностранное судебное решение большей силой, чем обладает сам. Следовательно, возможно признание и приведение в исполнение только тех иностранных актов, которые вынесены на основании аналогичных норм материального права, ведь иначе процессуальное действие судебного акта будет иным. В анализируемом в данной статье случае не представляется возможным признать и привести в исполнение судебный акт уголовного права, вынесенный на основании неизвестной признающему государству конструкции уголовной ответственности. Получается, единственным эффективным средством имплементации термина “fraud” в контексте неправового судебного решения является законодательное закрепление такового. Каким зарубежным опытом и критериями может воспользоваться законодатель в таком случае?

Опыт английского права в данной области весьма своеобразен. Правила гражданского судопроизводства (1999) не предусматривают мошенничества (обмана) как правового основания для отмены вступившего в силу решения суда. В части 74, которая касается иностранных судебных решений, нет ни слова о возможности их непризнания на основании мошеннического (обманного) характера. В части 13 Правил возможности отмены касаются только заочных решений и основания отмены описаны неконкретно: есть ссылка на оценочное мнение суда, что у ответчика имеется реальная перспектива защиты своего интереса либо (также по усмотрению суда) есть иная веская причина, что заочное решение суда будет отменено, изменено, или ответчик со всей очевидностью сможет защитить свою позицию¹⁵. Подобная норма поглощает проблему мошеннических (обманных) судебных решений, но в очень узкой категории заочных решений, и потому не является универсальным подходом.

До 2019 года защита от мошеннических судебных решений и возможность их отмены и пересмотра строилась в Великобритании на деле *Fairclough Homes против Summers*¹⁶, в котором Ш. Саммерс, работник вилочного погрузчика, поскользнулся на его ступеньке, упал и сломал несколько костей. Он заявил, что стал в результате производственной травмы инвалидом, и потребовал 830 000 ф. ст. компенсации. Впоследствии страховая компания

¹⁵ Civil Procedure Rules, Part 13 — Setting Aside or Varying Default Judgement. Available at: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part13#13.3> (дата обращения: 23.12.2019)

¹⁶ McGregor A., O'Regan G. Challenging Judgements Allegedly Obtained by Fraud. International Law Office. Newsletter. 2018.04.12. Available at: <https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Challenging-judgments-allegedly-obtained-by-fraud> (accessed: 24.11.2019)

нашла видеозапись момента, предшествующего медицинскому освидетельствованию, на которой Саммерс самостоятельно наносил себе большую часть физических увечий и не выглядел пострадавшим¹⁷. В результате первоначальная страховая выплата 90 000 ф. ст. была снижена судом до 2000, а работодатель добровольно возместил Саммерсу еще 10 000¹⁸.

Проблема данного судебного решения состояла в том, что спор в итоге не привел к полному отказу в судебной защите мошенника, ведь была выплачена частичная компенсация; мошенническое завышение размера компенсации не рассматривалось как самостоятельное правонарушение ответчика; юрисдикция суда по пересмотру была описана в качестве «исключительной» в рамках обстоятельств дела, но не были объяснены критерии такой исключительности на будущее¹⁹. Решением проблемы стал процесс Takhar против Gracefield Developments Limited и др.²⁰, в котором 20.03.2019 коллегия судей Верховного суда пришла к выводу, что мошенничество, сопровождающее процесс, является «отдельным вопросом», исследование которого не приводит к нарушению процессуального права в виде невозможности достигнуть окончательного решения по делу в суде.

Вопрос поддельной подписи на документах истца, который возник после завершения апелляционного процесса, не был исследован апелляционным судом. Лорд Керр, один из судей по делу, уточнил, что «закон не ждет, что люди станут устанавливать свои взаимоотношения в правовой форме с обязательной предпосылкой, что контрагент может быть мошенником» [Sheeley A., 2019]. Судьям также стало очевидно, что английское право не содержит надежного пути решения ситуации²¹. То, что результаты экспертизы подписи в поддельных бумагах появились после завершения процесса, создает новую правовую реальность, в рамках которой должен осуществляться пересмотр решения по делу даже в случае исчерпания инстанций обжалования. От потерпевшего при этом не требуется оценки на предмет мошенничества документов оппонента в ходе процесса, так как такая обязанность не следует ни

¹⁷ Lowery A. 'Liar' who faked work injuries to make fraudulent claim for £830,000 awarded £88,000 compensation by court. Available at: <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2165430/Shawn-Summers-allowed-88-000-fraudulent-830-000-claim-faked-work-injuries-thrown-out.html> (дата обращения 30.08.2020)

¹⁸ Fairclough Homes v Summers [2012 UK SC 26]. Available at: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0212-judgment.pdf> (дата обращения: 25.12.2019)

¹⁹ Chandler S., Davidson A., Reese G. Attacking fraudulent claims: learning the lessons from Fairclough Homes v Summers. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5f9f52b1-cd0e-4d00-b74c-3fd1d0e47f8e> (дата обращения: 10.12.2019)

²⁰ Takhar v Gracefield Developments Limited and others [2019] UKSC 13. Available at: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0072.html> (дата обращения: 25.12.2019)

²¹ Browne O., Cox A. Fraud Unravels All-Even Post-Judgment. Available at: <https://www.latham.london/2019/04/fraud-unravels-all-even-post-judgment/> (дата обращения: 23.12.2019)

из закона, ни из принципа добрых нравов. В противостоянии принципов окончательности судебного решения последней инстанции и «мошенничество разваливает все дело» победил второй. Из решения суда также видно, что стандарт доказывания мошенничества выше, чем иных обстоятельств в гражданском деле, поэтому результаты данного доказывания преобладают.

Из практики английских судов видно, что они сталкиваются с трудно-разрешимой проблемой слияния уголовно-правовых аспектов поведения сторон в деле с характеристиками гражданского процесса, в котором не предусмотрено подобного соприкосновения. Английский судья оказывается безоружным перед мошенническими действиями, которые превращают гражданский процесс в полную бессмыслицу.

Новая редакция Брюссельского регламента, действующая в том числе и в Великобритании с 10.01.2015²², в ст. 45 и прежняя редакция Регламента в ст. 34 и 35²³ не оперируют термином “fraud” в качестве основания для непризнания иностранного судебного решения. Данная проблема осталась неурегулированной на уровне права ЕС. Аналогичное молчание сохраняет профильная Луганская конвенция в ст. 34 и 35²⁴. Гагская конвенция о прогационных соглашениях (2005)²⁵ действует в большинстве стран ЕС, но ограничивается в ст. 9 в вопросе отказа в признании иностранного судебного решения случаем процессуального мошенничества, не раскрывая содержания данного термина. Право ЕС не является помощником в вопросах защиты от мошенничества в гражданском судопроизводстве.

Национальное право России в области признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в наибольшей степени напоминает право ФРГ. В Германии процедура выдачи экзекватуры производится согласно § 722 и 723b ГПК на основании специального иска о допустимости принудительного исполнения иностранного судебного решения. В рамках данного иска устанавливаются основания для отказа в признании судебного решения. Ответчику не дозволяется повторять возражения, которые он имел возможность выдвинуть в ходе слушаний в иностранном суде (§ 723,

²² Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>; <https://base.garant.ru/70475048> (дата обращения: 01.12.2019)

²³ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj> (дата обращения: 11.12.2019)

²⁴ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A1221%2803%29> (дата обращения: 01.12.2019)

²⁵ Convention on Choice of Court Agreements, concluded 30.06.2005. Available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98> (дата обращения: 11.11.2019)

абз. 1 ГПК), но ему предоставляется право выдвинуть новые возражения, появившиеся позднее, после вынесения решения по делу. Подобные возражения (*Einredeweise*) в рамках процедуры выдачи экзекватуры весьма характерны и выполняют функцию новых обстоятельств, которые могут быть учтены в том числе в случае, если первоначальное решение имело мошеннический характер, хотя напрямую об этом не сказано.

Право США и американская правовая доктрина, напротив, содержат множественные упоминания мошенничества в качестве основания для непризнания судебного решения. Именно в данной юрисдикции был собран большой практический опыт толкования этого понятия. Еще с 1920-х годов начали появляться судебные дела и исследования роли мошенничества в качестве отменяющего судебное решение фактора. Наиболее резонансным стало дело *Chicago, R I & P R Co против Callicotte*²⁶, в котором пострадавший требовал компенсацию у железнодорожной компании из-за того, что оказался парализован в результате травмы, хотя в дальнейшем выяснилось, что он притворялся. Верховный суд США в этом деле счел, что судебное решение будет опорочено фактом мошенничества потерпевшего, поэтому оно подлежит отмене²⁷. Данное мошенничество не квалифицировалось судом в качестве нового или вновь открывшегося обстоятельства по делу, а являлось самостоятельным основанием для пересмотра. Такая позиция многократно подтверждалась в решениях по схожим делам *McGehee против Curran*²⁸, *Morgan против Asher*²⁹, *Hollingshead против Hollingshead*³⁰.

Судьи США также заметили, что в данных делах вступают в противоречие фундаментальные принципы судопроизводства и для достижения справедливого решения необходимо сделать выбор в пользу одного из них. На одной чаше весов — мошенничество, которое все лишает юридической силы и запрещает извлекать из этого любую выгоду, позволяя суду восстановить свою юрисдикцию над делом, если мошенничество может быть доказано. На другой чаше весов — доктрина *res judicata* об окончательности и обязательности для сторон вступившего в силу решения суда, которое не может быть более оспорено в апелляционном порядке. Данная доктрина строго запре-

²⁶ *Chicago, R I & P R Co v. Callicotte*. C.C.A. 1920. 267 Fed. 799. Available at: <https://www.amazon.com/Callicotte-Chicago-Transcript-Supporting-Pleadings/dp/1270110012> (дата обращения: 11.11.2019)

²⁷ *Columbia Law Review*, March 1921, pp. 268–270. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1111396> (дата обращения: 11.11.2019). P.268.

²⁸ *McGehee v. Curran*, Cal.1920, 193 Pac. 277. Available at: <https://casetext.com/case/mcgehee-v-curran> (дата обращения: 24.11.2019)

²⁹ *Morgan v. Asher*, Cal. 1920, 193 Pac. 288. Available at: <https://casetext.com/case/morgan-v-asher>

³⁰ *Hollingshead v. Hollingshead*, Okla. 1920, 193 Pac. 412. Available at: <https://casetext.com/case/hollingshead-v-hollingshead-2> (дата обращения: 20.11.2019)

щает пересматривать дела с тем же субъектным составом и по тому же предмету спора, если имеется вступившее в силу судебное решение.

Этот принцип римского права соблюдается судами США, и любое отступление от него требует веских оснований и рассматривается как исключительное [Терехов В.В., 2014: 205]. В основе *res judicata* лежит максима *interest rei publicae ut sit finis litium* (“общественный интерес состоит в том, что судебное разбирательство должно окончиться”) [Fellmeth A., Horwitz M., 2009: 158], и она запрещает пересмотр вступившего в силу решения суда по любому основанию. Балансируя между двумя данными максимами, суды США не отказываются от доктрины *res judicata* и рассматриваются мошеннические случаи в качестве исключительных обстоятельств.

Суды права справедливости выработали специальный критерий разграничения мошенничеств, которые либо служат основанием для отмены решения, либо не являются таковыми. К первым они отнесли внешнее мошенничество, не относящееся к предмету спора, а также сопутствующее мошенничество, которое связано с делом, но все же лежит за его границами³¹. К мошенничеству, которое не может отменить ранее принятое решение, они отнесли так называемое неустранимое мошенничество, которое присуще делу изначально и очевидно для сторон либо должно было быть замечено³². Получается, что если процесс был тесно связан с мошенничеством одной из сторон, то такое дело не может быть пересмотрено, так как это бы нарушило принцип *res judicata* и создало бы неопределенность судопроизводства. Однако если сторона по делу была лишена права на справедливое разбирательство или права на эффективное средство судебной защиты именно ввиду мошенничества другой стороны, то тогда пересмотр возможен.

Затруднения Верховного суда США возникли с разграничением мошенничества при лжесвидетельствовании и предъявлении в процессе поддельных документов: он не смог определиться с отнесением этих случаев строго к внешним или внутренним (неустранимым) проявлениям мошенничества и утвердил возможность обоих вариантов³³. Данные решения так и не были опровергнуты в других делах³⁴ и продолжают служить ориентиром для но-

³¹ United States v. Throckmorton, 1878, 98 U.S. 61. Available at: <https://casetext.com/case/united-states-v-throckmorton-1>; Crawford v. Crawford, S.C. 1811, 4 Des Saus. Eq. 176. (дата обращения: 24.11.2019)

³² Marine Ins. Co. v. Hodgson, 1813, 7 Cranch 332. Available at: <https://casetext.com/case/marine-ins-co-v-hodgson> (дата обращения: 12.12.2019)

³³ Marshal v. Holmes, 1891, 141 U.S. 589, 12 Sup. Ct. 62. Available at: <https://casetext.com/case/marshall-v-holmes-2>; United States v. Throckmorton, 1878, 98 U.S. 61. Footnote 3. Available at: <https://casetext.com/case/united-states-v-throckmorton-1> (дата обращения: 23.11.2019)

³⁴ Harvard Law Review Association. Injunctions against the Enforcement of Judgments Obtained by Perjury // Harvard Law Review, 1909, vol. 22, p. 602.

вых поколений юристов. Некоторые требования характерны для большинства указанных дел: 1) истец, требующий пересмотра, должен твердо установить мошенничество другой стороны; 2) он должен продемонстрировать, что без такого мошенничества решение было бы принято в его пользу; 3) он должен обосновать отсутствие с его стороны промедления и иной небрежности для возобновления разбирательства в рамках доктрины “laches”. Используемая в США, других странах общего права и международном коммерческом арбитраже доктрина “laches” карает за неосновательное промедление в осуществлении процессуального права в рамках института права справедливости (equity law) отказом в судебной защите истца. Таким неосновательным промедлением является, например, ситуация, когда истец подал иск в последний день срока исковой давности или близко к дате его исчерпания, хотя знал о нарушенном праве задолго до этого, но не принимал мер для восстановления нарушенного права, увеличивая собственные убытки и ответственность противной стороны. Ответчик в таком случае рассматривается в качестве понесшей убытки стороны в результате промедления в осуществлении права истцом. Данные заградительные требования позволяют обезопасить суды от потока необоснованных заявлений и требований пересмотра.

Заключение

Норма об отказе в признании судебного решения на основании мошеннического (обманного) характера, с одной стороны, открывает «ящик Пандоры» в виде неокончателности любых судебных решений по гражданским делам, но одновременно служит важному общественному интересу установления истины, которая может оказаться заложницей процессуальных догматов и недопустимой эксплуатации недобросовестными участниками гражданского оборота. Гагская конференция по международному частному праву в данном вопросе не создала виртуального будущего, а уловила тренд правового регулирования, который изменит представление об институте признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в ближайшем будущем. Сбалансированный и исторически выверенный подход судов США в толковании мошеннических (обманных) действий в качестве основания отказа в признании судебных решений может быть использован в современном российском праве при имплементации данного института в уголовное право.

Мошенничество, обнаруженное в одном государстве, и ставящее под сомнение судебное решение, вынесенное в другом государстве, создает особую правовую реальность. Данная правовая реальность формирует новое

основание непризнания и неприведения в исполнение иностранного судебного решения без оспаривания его фактической действительности на родине. Для подобного решения государственного суда требуются весомые доказательства, а заседание по такому делу не может происходить в упрощенном или ограниченном порядке.

Современные уголовно-правовые вызовы требуют от национальных судов, принимающих решения о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, проводить полноценное судебное следствие по ходатайствам сторон о наличии признаков мошенничества при принятии анализируемого зарубежного судебного акта. Подобное следствие требует от судов алгоритмов исследования и оценки доказательств, специальных процедур, которые бы не вмешивались в гражданско-правовую канву анализируемого решения, но позволяли бы идентифицировать мошенническую природу его принятия. В стране континентального права велик соблазн возложить большую часть ответственности за исследование данного вопроса на суд, но его возможности оказываются еще меньшими, чем в аналогичных делах в рамках национального права. Поэтому ключевую роль в доказывании мошеннической природы оспариваемого судебного решения должна нести сторона, заявляющая о мошенничестве. Отказ в имплементации норм о мошеннических судебных решениях в российское законодательство приведет к тому, что отказ в признании за рубежом решений российских судов по данному основанию будет возможен, а в России решений иностранных судов — нет.



Библиография

Брановицкий К.Л., Аленкина Н.Б. Правовой режим признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в Евразийском экономическом союзе // Вестник гражданского процесса. 2018. N 6. С. 168–192.

Дикарев И.С. Реализация принципа презумпции невиновности при пересмотре вступивших в законную силу судебных решений в уголовном процессе // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция. 2012. N 1. С. 110–114.

Звонова Е.А. Особенности взаимодействия российского и европейского финансового рынка // Экономика. Налоги. Право. 2019. N 3. С. 134–143.

Игнатьева Ю.А. Признание и приведение в исполнение решений иностранных государственных судов на территории Российской Федерации: нормативные основания и правоприменительная практика // Проблемы современной науки и образования. 2017. N 14. С. 65–71.

Куликова Д.С. Основные концепции, лежащие в основе института признания и приведения в исполнение судебных решений зарубежных стран // Вестник РГГУ. Экономика. Управление. Право. 2014. N 9. С. 145–152.

Петров С.А. Обман суда как способ мошенничества // Уголовное право. 2013. N 6. С. 40–43.

Свиридов М.К. Обеспечение стабильности приговора // Вестник Томского государственного университета. 2012. N 3. С. 139–142.

Смолин С.В. Обман суда: способ мошенничества или преступление против правосудия // Уголовное право. N 1. 2015. С. 91–95.

Сычева О.Н. Презумпция истинности приговора в современном уголовном процессе: Дисс. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2008. 182 с.

Терехов В.В. Понятие и содержание категории «res judicata» в российском и зарубежном гражданском процессе // Российский юридический журнал. 2014. N 5. С. 203–209.

Brand R. Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. University of Pittsburgh Law Review, 2013, vol. 74, pp. 494–549.

Haines A. Why is it so difficult to construct an international legal framework for e-commerce? The Draft Hague Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. European Business Organization Law Review, 2002, issue 1, pp. 157–194.

Fellmeth A., Horwitz M. Guide to Latin in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2009, 298 p.

Paul S. Courts on Courts: contracting for engagement and indifference in international judicial encounters. Virginia Law Review, 2014, no 1, pp. 17–109.

Sheeley A. Supreme Court judgment offers reassurance to fraud victims. Available at: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/supreme-court-judgment-reassurance-to-fraud-victims> (дата обращения: 23.12.2019)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Refusal for Recognition and Enforcement in the Russian Federation of a Foreign Judgment Obtained by Fraud



Ksenia Barysheva

Associate professor, Department of Public Law, Faculty of Law. National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: kbarysheva@hse.ru



Dmitry Maksimov

Senior Lecturer, Department of General and Interdisciplinary Legal Studies, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: aerolife@rambler.ru



Abstract

In July 2019 a landmark event took place in Private International Law, associated with the approval of the final text of Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Civil or Commercial Matters. For more than 10 years The Hague Conference on Private International Law has not introduced new conventions. Russia actively participated in the final procedures and sent a governmental delegation to the

22nd diplomatic session of Conference mentioned to sign the final act of the session. The prospects for signing and ratifying the Convention by key participants of international trade and by countries where civil relations are localized are still the questions of the future. The article presents an analysis of the provisions of the Convention and the possibility of implementing international law into national legislation. In the Russian law there is no efficient system of fraud detection from the parties of civil or arbitral proceedings and countermeasures to it for the court. The term “fraud” used in the Convention has no comparable in the Russian legislation and case law if fraudulent acts of the party resulted in misjudgment came into force. Reviews of such judgment or retrial are practically impossible. This weakness of the Russian law is truly sensitive in cases of recognition of foreign judgments obtained by fraud. Legal regulation vacuum can be caused by Russian accession to the Convention which recognizes a possibility of defected judgments, but Russian court has no means of detecting these defected judgments, which throws doubts on the whole procedure and result of recognition and enforcement of foreign judgments in Russia. In the present article the authors raise key challenging issues of finality of judgments and possibilities of their revision in future, point at non-readiness of the Russian law for accession to the Convention, at significance of this institution of judgments obtained by fraud and at inadmissibility of exception of this institution in case of ratifying Convention.



Keywords

convention; court decision; international civil proceedings; fraud; false representation; evidence tampering; super specialization of judges; implementation; law of procedure.

For citation: Barysheva K.A., Maksimov D.M. (2020) The refusal for recognition and enforcement in the Russian Federation of a foreign judgement obtained by fraud. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–25 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.4.25



References

Brand R. (2013) Federal Judicial Center International Litigation Guide: Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 74, pp. 494–549.

Branovitsky K.L., Alenkina N.B. (2018) Legal regime of recognition and enforcement of foreign court decisions in the Eurasian economic Union. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa*, no 6, pp. 168–192 (in Russian)

Dikarev I. S. (2012) Implementation of the principle of presumption of innocence in the review of legal decisions entered into force in the criminal process. *Vestnik Volzhskogo universiteta. Jurisprudencia*, no 1, pp.110–114 (in Russian)

Fellmeth A., Horwitz M. (2009) *Guide to Latin in International Law*. Oxford: University Press, 298 p.

Haines A. (2002) Why is it so difficult to construct an international legal framework for e-commerce? The Draft Hague Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: A Case Study. *European Business Organization Law Review*, issue 1, pp.157–194.

Ignatieva Yu. A. (2017) Recognition and enforcement of decisions of foreign state courts in Russia: normative grounds and law enforcement. *Problemy sovremennoi nauki i obrazovania*, no 14, pp. 65–71 (in Russian)

Kulikova D.S. (2014) Concepts of recognition and enforcement of judgments in foreign countries. *Vestnik rossiyskogo humanitarnogo universiteta*, no 9, pp. 145–152 (in Russian)

Paul S. (2014) Courts on Courts: contracting for engagement and indifference in international judicial encounters. *Virginia Law Review*, no 1, pp. 17–109.

Petrov S.A. (2013) Deception of the court as a method of fraud. *Ugolovnoe pravo*, no 6, pp. 40–43 (in Russian)

Sheeley A. (2019) Supreme Court judgment offers reassurance to fraud victims. *Out-Law News*. Available at: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/supreme-court-judgment-reassurance-to-fraud-victims> (accessed: 23.12.2019)

Smolin S.V. (2015) Deception of the court: a method of fraud or a crime against justice. *Ugolovnoe pravo*, no 1, pp. 91–95 (in Russian)

Sviridov M.K. (2012) Ensuring stability of the sentence. *Vestnik Tomskogo universiteta*, no 3, pp. 139–142 (in Russian)

Sycheva O.N. (2008) Presumption of the truth of the sentence in the modern criminal process. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Nizhny Novgorod, 2008. 182 p. (in Russian)

Terekhov V.V. (2014) Concept and content of the category “res judicata” in the Russian and foreign civil process. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 5, pp. 203–209 (in Russian)

Zvonova E.A. (2019) Features of interaction of the Russian and European financial market. *Economica, nalogi, pravo*, no 3, pp. 134–143 (in Russian)

Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права

 **Е.П. Войтович**

Доцент, кафедра гражданского права и процесса Сибирского института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 630102, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Нижегородская, 6. E-mail: vojtovich@siu.ranepa.ru

Аннотация

Рассмотрение вопроса о действии норм иностранного семейного права тесно связано с проблемой ограничений, касающихся действия в России выбранного сторонами или судом иностранного права, подлежащего применению к семейным отношениям. Международному частному праву известно несколько способов, ограничивающих действие иностранного семейного права. Одним из них выступает оговорка о публичном порядке, правило о которой закреплено в ст. 167 Семейного кодекса. Оно в целом отвечает современным стандартам международного частного права, в то же время его применение не дает положительного эффекта. Цель исследования: обеспечение правильного и единообразного применения судами норм международного частного права при разрешении семейно-правовых споров, защита от нежелательных последствий, к которым может привести применение иностранного семейного права к конкретному правоотношению. Достижение указанной цели осуществляется посредством решения следующих задач: определить публичный порядок и его элементы для нужд семейно-правового регулирования, оценить роль существующего ограничения действия подлежащих применению норм иностранного семейного права с точки зрения доктрины и правоприменения. Основные методы исследования: формально-юридический, сравнительно-правовой. Обосновывается, что в международном частном семейном праве оговорка о публичном порядке не получила обобщенной характеристики, анализируются возможные причины неприменения данного правила, обращается внимание на недостатки действующей редакции ст. 167 Семейного кодекса, формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства, даются рекомендации судам, разрешающим трансграничные семейные споры. Отмечается, что отечественная доктрина и практика по-разному определяют элементы публичного порядка, обращается внимание на негативные тенденции судебной практики. Автор приходит к выводу, что внутригосударственная практика применения оговорки о публичном порядке должна стремиться к достижению правовой определенности, исключению необоснованного отказа в применении иностранного права, гарантированному осуществлению субъективных прав. Автор заключает, что публичному порядку Российской Федерации не корреспондирует группа норм, подлежащих применению при разрешении семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом. Основы публичного порядка в семейно-правовой сфере составляют принципы семейного права, закрепленные в Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права.



Ключевые слова

оговорка, публичный порядок, семейное право, фундаментальные правовые начала, принципы, сверхимперативные нормы.

Для цитирования: Войтович Е.П. Оговорка о публичном порядке как основание отказа в применении иностранного семейного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 26–43.

УДК: 347.6

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.26.43

Введение

Важнейшие принципы международного частного права (далее — МЧП) — автономия воли сторон и защита отечественного правопорядка — в своем сочетании обеспечивают гибкость коллизионного регулирования и предотвращают нежелательные последствия, к которым может привести применение иностранного семейного права к конкретному правоотношению. «Развитие международного частного права России, приведшее к значительному расширению применения на основании коллизионных норм иностранного семейного права, повышает роль допустимых ограничений действия подлежащих применению иностранных норм» [Доронина Н.Г., Хлестова И.О., 2014: 348]. Одним из таких ограничений является оговорка о публичном порядке. Закрепляя правовую политику государства в области регулирования семейных отношений, публичный порядок Российской Федерации, с одной стороны, обеспечивает защиту от неблагоприятных последствий, к которым может привести применение иностранного права в конкретном деле, с другой — позволяет определить степень обеспеченности юридическими гарантиями прав участников семейных отношений, в том числе иностранцев. Одной из них является гарантия от необоснованного отказа в применении иностранного права по причине противоречия последствий его применения публичному порядку.

В российском законодательстве содержатся положения о публичном порядке, однако их нормативное исполнение имеет недостатки, а реализация во многом зависит от судебной интерпретации. За последние 15 лет российские суды (преимущественно арбитражные) накопили немалый опыт применения оговорки о публичном порядке при рассмотрении заявлений о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей. На фоне растущего количества правовых позиций судов по таким делам отказ в применении норм иностранного семейного права по причине противоречия публичному порядку тревоги не вызывает. Однако потреб-

ность в обращении к оговорке о публичном порядке как основании отказа в применении норм иностранного семейного права вызвана неопределенностью категории публичного порядка, изменчивостью его содержания, необходимостью обеспечения правильного и единообразного применения судами норм МЧП при разрешении семейно-правовых споров.

1. Публичный порядок в доктрине и судебной практике

Статья 167 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ) устанавливает: «Нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации». По мнению Л.П. Ануфриевой, область, наиболее подверженной применению этого института, являются именно брачно-семейные отношения как традиционная сфера МЧП [Ануфриева Л.П., 2003: 40]. Вместе с тем практика разрешения семейно-правовых споров в российских судах не содержит примеров отказа в применении иностранного семейного права по основанию, предусмотренному ст. 167 СК РФ¹. В арбитражной практике, напротив, благодаря усилиям Высшего Арбитражного суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ) было не только выработано понятие публичного порядка², многократно воспроизводимое в судебных актах, но противоречие ему активно используется сегодня в качестве основания отказа в признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей.

Наличие в СК РФ положения, являющегося нормативным основанием отказа в применении норм иностранного семейного права, ставит задачу определения публичного порядка и его элементов. Однако в российской науке МЧП отсутствуют комплексные исследования, посвященные отказу в применении норм иностранного семейного права по данному основанию. Отдельные аспекты проблем, связанных с применением оговорки, рассматриваются в работе Н.И. Марышевой, коллективной монографии под редакцией С.Т. Максименко, О.Ю. Ситковой. В большинстве случаев оговорка исследуется с теоретико-правовых позиций (Ю.М. Акимова, Ю.Г. Морозова (Богатина)), соотношения со сверхимперативными нормами (О.В. Новикова), международного гражданского процесса (С.В. Крохалев), между-

¹ Available at: URL: <https://sudact.ru/regular/?form-reset=1> (дата обращения: 22.07.2019)

² Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 N 156 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 5.

народного авторского права (С.В. Мартынюк). Отечественными авторами убедительно доказано существование в законодательстве зарубежных государств различных терминов, обозначающих явление публичного порядка (*ordre public*, *public order*, *Öffentliche Ordnung* и т.д.), продемонстрированы доктринальные подходы к определению его содержания, охарактеризованы виды оговорки о публичном порядке, ее соотношение и взаимодействие со сверхимперативными нормами. Исследование любой научной проблемы подчиняется принципу преемственности, поэтому в настоящей статье ранее сделанные суждения и выводы будут использованы для определения публичного порядка и его элементов.

Категория «правопорядок», являясь одним из универсальных понятий юриспруденции, находит отражение в правовой доктрине, где, как отмечает А.В. Безруков, нет единства в его дефиниции [Безруков А.В., 2015: 34]. В литературе по МЧП публичным порядком называют устои правовой системы и коренные интересы общества и государства, основы морали [Дмитриева Г.К., 2016: 162]; совокупность политических, экономических, моральных и правовых принципов, существующих в данном государстве [Ерпылева Н.Ю., 2015: 103–104]; основы морали, главные религиозные постулаты, главные экономические и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права [Шулаков А.А. 2018: 93]. При этом отечественные фамилиаристы весьма скупы на определения, ограничиваясь отождествлением публичного порядка с основными принципами, на которых базируется та или иная правовая система [Гришаев С.П., 2017], основными началами [Слепакова А.В., 2005: 392]. С большим интересом представители академического сообщества отзываются о положениях иностранного семейного права, которые противоречат публичному порядку России. Среди них: низкий брачный возраст, однополые союзы [Канашевский В.А., 2018: 58, 60]; ущемление имущественных прав детей, рожденных вне брака или в полигамных браках [Максименко С.Т., Ситкова О.Ю., 2019: 20]. Зарубежные авторы в качестве противоречия публичному порядку рассматривают некоторые неэгалитарные права, нарушающие принцип равенства мужчины и женщины (репутация) [Baarsma N., 2011: 186], полигамию, детские браки [Estin A., 2014: 1039], суррогатное материнство [Gruenbaum D., 2012: 496–497].

Как известно, российское законодательство не содержит определения публичного порядка, хотя противоречие ему используется в качестве основания отказа в применении иностранного права (ст. 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), ст. 167 СК РФ). Восполнила данный пробел судебная практика, предложившая под публичным порядком понимать фундаментальные правовые начала (принципы), обладающие высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и пу-

бличной значимостью, составляющие основу построения экономической, политической, правовой системы государств. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства России, если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц³.

Наличие образца правоприменения оказало несомненное положительное влияние на практику арбитражных судов. Суды же общей юрисдикции при разрешении семейно-правовых споров правило ст. 167 СК РФ, как было показано выше, не используют.

Несомненно, причиной этого является, во-первых, конструкция рассматриваемой нормы. Недостаток усматривается в различиях текстуального выражения правил об оговорке в ГК РФ и СК РФ. Л.П. Ануфриева, указывая на текстуальные различия этих актов, замечает, что «оговорка о «публичном порядке», закрепленная в СК РФ, имеет иное юридическое содержание, причем более «размытое», следовательно, располагающее большими потенциальными возможностями использования, и другое внешнее (текстуальное) выражение [Ануфриева Л.П., 2003: 40]. Было бы правильнее в СК РФ изложить правило ст. 167 в редакции, аналогичной ГК РФ, тем более, что Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ) это уже сделал: «В исключительных случаях суд не применяет норму иностранного права, подлежащую применению в силу соглашения сторон о выборе применимого права, коллизионных норм международных договоров или законов Российской Федерации, если последствия применения такой иностранной нормы явно противоречат публичному порядку Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом (часть первая статьи 1193 ГК РФ, статья 167 СК РФ)»⁴.

Во-вторых, неприменение судами правила ст. 167 СК РФ также является следствием незначительного количества семейно-правовых споров с участием иностранного элемента в российских судах, а зачастую и склонностью последних применять российское, а не иностранное право.

Третья причина кроется в явном нежелании Верховного Суда Российской Федерации разъяснить правило об оговорке для его правильного и единообразного понимания судами. В вышеуказанном Постановлении Пленума «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» ВС РФ ограничился напоминанием судам о неприменении ино-

³ Там же.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» // Российская газета. 2019. 17 июля.

странного права в исключительных случаях, а также предостережением неправомерного отказа в применении иностранного права по причине отсутствия в российском праве норм или правовых институтов, аналогичных нормам или правовым институтам применимого иностранного права, что само по себе не является основанием применения оговорки о публичном порядке (п. 12).

Правило, закрепленное в ст. 167, оказалось невостребованным практикой, да еще и вызывает научные дискуссии. «В данном случае палитра научных мыслей играет для правоприменителя далеко не положительную роль, поскольку не дает четких ориентиров для практической деятельности» [Федосеева Г.Ю., 2007: 152]. В литературе отмечается, что оговорка о публичном порядке должна применяться избирательно, с учетом всестороннего исследования и сравнительного анализа подлежащих применению норм иностранного семейного права по отношению к российскому законодательству. Возможны ситуации, когда отдельные нормы семейного права какого-либо государства в конкретном правоотношении вполне могут быть применимы и не могут быть отвергнуты на основании оговорки о «публичном порядке», а отдельные нормы законодательства этого же государства не могут быть применимы как противоречащие основам правопорядка [Крашенинников П.В., 2012: 409]. По мнению Л.М. Пчелинцевой, в некоторых случаях отдельные положения иностранного семейного права, даже формально противоречащие основам правопорядка РФ, могут быть применены на практике. В частности, подобное возможно, когда речь идет о защите имущественных прав членов семьи, особенно несовершеннолетних детей [Пчелинцева Л.М., 2011]. Последнее утверждение разделяет С.П. Гришаев — «нельзя, в частности, ссылаясь на оговорку о публичном порядке, возражать против признания в России алиментных обязательств членов полигамной семьи [Гришаев С.П., 2009]. Соглашаясь с противоречием публичному порядку полигамии, А.В. Слепакова допускает возможность раздела имущества членами полигамной семьи в российском суде с применением ст. 161 СК РФ [Слепакова А.В., 2005: 392]. Исследователи, предлагая примеры противоречия российским принципам публичного порядка норм иностранного законодательства о неравноправии мужчин и женщин, полигамных браках, заключают, что они не могут служить основанием для отказа в признании соответствующих правоотношений, возникших в странах, где действуют данные нормы [Крашенинников П.В., 2019: 314–315].

При таком разнообразии доктринальных суждений суды, разрешающие семейно-правовые споры, осложненные иностранным элементом, вряд ли имеют четкое руководство к применению оговорки о публичном порядке. Поэтому уместно напомнить, что, во-первых, функция оговорки о публичном порядке заключается не в контроле за содержанием иностранного пра-

ва, а в предотвращении негативных последствий применения его норм при рассмотрении спора. Во-вторых, решая вопрос о применении оговорки о публичном порядке, необходимо установить степень связи спорного правоотношения с территорией страны суда, рассматривающего спор. «Терпимость к результату применения иностранной нормы ... должна быть обратно пропорциональна связи дела с территорией государства, суд которого рассматривает спор: чем сильнее связь, тем строже контроль; и наоборот, чем слабее связь, тем более толерантным должен быть суд» [Gruenbaum D., 2012: 498–499].

2. Элементы публичного порядка

Безусловно, исчерпывающим образом определить содержание публичного порядка невозможно. Очевидно, что ему свойственна изменчивость, а попытки определения его границ едва ли были и будут успешными. Однако хочется надеяться, что подобный анализ позволит получить объективную картину существующего в российском законодательстве механизма ограничения действия подлежащих применению норм иностранного права и его элементов, что, возможно, сделает институт оговорки применимым и в практике разрешения семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом, в российских судах.

Автор видит свою задачу в определении публичного порядка и его элементов, которые необходимо учитывать судам при решении вопроса о применении иностранного семейного права или отказе в его применении по причине противоречия публичному порядку. Основой для этого могла бы стать вышеприведенная позиция ВАС РФ. Однако нетрудно заметить, что основы публичного порядка хотя и включают ряд взаимосвязанных элементов, но не исчерпываются ими (сверхимперативные нормы российского законодательства, суверенитет и безопасность государства, интересы больших социальных групп, конституционные права и свободы частных лиц).

В российской доктрине в понятие «основы российского правопорядка» предлагается включать четыре взаимосвязанных основных элемента [Дмитриева Г.К., 2004: 183–184]:

основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего конституционные, частноправовые и гражданско-процессуальные;

общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок;

законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Основополагающие, фундаментальные принципы российского семейного права закреплены в Конституции Российской Федерации (гл. 2) и в СК РФ. Конституционные принципы выводятся непосредственно из Конституции, обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, носят универсальный характер [Кузнецова О.В., 2004: 17]. К их числу следует отнести принцип равенства, принцип защиты материнства и детства, семьи государством, принцип неприкосновенности частной жизни. Семейное право базируется на принципах добровольности брачного союза мужчины и женщины, равенства прав супругов в семье, разрешения внутрисемейных вопросов по взаимному согласию, приоритета семейного воспитания детей, заботы об их благосостоянии и развитии, обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи, запрета ограничения прав граждан в семейных отношениях по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ст. 1 СК РФ).

Доктринальное толкование основных начал семейного законодательства, их соотношение с принципами семейного права и целями правового регулирования являет собой весьма эклектичную картину [Шершень Т.В., 2008: 167–173]; [Тарусина Н.Н., 2011: 59–63]; [Мананкова Р.П., 2012: 244–246]. В науке семейного права нет единства мнений о составе принципов, допускаются отступления от нормативно закрепленных наименований отраслевых принципов, высока степень разногласий о количестве принципов семейного права [Шерстнева Н.С., 2007: 3]. Не умаляя значимости доктринального изучения принципов семейного права, отметим, что его результаты требуют дальнейшего обсуждения в аспекте МЧП, основная задача которого заключается в «примирении» противоречий, существующих между различными правовыми системами.

Моральные нормы пронизывают многие семейно-правовые положения. Моральное начало положено в основу закрепления требований к условиям и порядку заключения брака, равенства супругов в семье, прав ребенка и др. [Краснова Т.В., 2017: 122–123]. Мораль является одним из социальных регуляторов. Ее взаимодействию с правом посвящено не одно исследование. В то же время в литературе с сожалением констатируется, что изучению влияния норм морали на регулирование семейных отношений не было уделено должного внимания, а все обсуждавшиеся в философской и юридической литературе схемы различения права и морали оказываются спорными и относительными [Саенко Л.В., 2014: 61, 63]. Дополним, что в отечественной

юриспруденции отсутствуют работы, анализирующие правоприменительный аспект указанного соотношения «право-мораль». В связи с этим вызывает интерес исследование К. Чнг, в котором автор не только апеллирует к универсальным моральным нормам, находящим поддержку академического сообщества, но и демонстрирует их широкое применение судами стран общего права [Chng K., 2018: 134–136]. Полагаем, что общепринятые принципы морали также нуждаются в дальнейшем теоретическом обосновании и практической применимости. В частности, требуют уточнения моральные принципы, составляющие основу российского правопорядка, а также их соотношение с общепризнанными принципами и нормами международного права.

Не менее дискутируемой, чем вышеизложенные, является категория законного интереса. Теоретическая разобщенность взглядов, неоднозначное понимание указанной категории в теории права и отраслевых юридических дисциплинах не лучшим образом сказываются на сфере правоприменения. Однако в аспекте МЧП законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства самостоятельным предметом исследования не являлись, практика их защиты анализировалась лишь в контексте соответствующих институтов (собственности, инвестиций и т.д.). Потребность в подобном изучении существует хотя бы в силу упоминания прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота как объекта защиты нормами непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ). В свете сказанного утверждение о законном интересе как элементе публичного порядка видится нам преждевременным.

Сегодня не вызывает сомнения тот факт, что на современное развитие национальной политики, законодательства и практики глубокое воздействие оказывают общепризнанные принципы и нормы международного права [Татаринцева Е.А., 2012: 34]. В соответствии со ст. 15 Конституции общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Данное положение расширяет содержание публичного порядка «...до наиболее фундаментальных абсолютных ценностей ... и одновременно ценностей универсальных, общих для значительного числа стран...» [Максименко С.Т., Ситкова О.Ю., 2019: 18]. К их числу следует отнести принцип равенства, свободы брака, запрета дискриминации, уважения семейной жизни, принцип наилучшего интереса ребенка.

Преломляя вышеизложенное в практическую плоскость, отметим, что рассмотренные элементы публичного порядка находят лишь частичное отражение в российской судебной практике. Так, например, противоречием публичному порядку в практике разрешения экономических споров считается нарушение принципа соразмерности мер гражданско-правовой от-

ветственности⁵, злоупотребление правом⁶, создание видимости частнопроводимого спора для получения в последующем формальных оснований для упрощенного вывода денежных средств за рубеж⁷, неприменение материального права страны, согласованного сторонами⁸ и др.

Элементы публичного порядка в правоприменительной деятельности представлены сегодня лишь отдельными нормами и институтами позитивного права, защищающими внутренний публичный порядок. Обоснование противоречия публичному порядку за счет общепризнанных принципов морали, законных интересов российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, общепризнанных принципов и норм международного права в российской судебной практике не приводится.

Кроме того, российские правоприменительные органы склонны к чрезмерно широкой интерпретации публичного порядка, что, вслед за И.В. Гетьман-Павловой, позволяет не согласиться с широко распространенным в литературе мнением о крайне осторожном подходе к использованию оговорки о публичном порядке, сокращению сферы ее применения [Гетьман-Павлова И.В., 2013: 262].

Такая практика, на наш взгляд, девальвирует содержание публичного порядка, сводит роль оговорки к обеспечению законности внутри страны, подменяет действие адекватных правовых механизмов, позволяя отказывать в применении иностранного, когда другие правовые средства защиты от «неблагоприятного» воздействия иностранного права исчерпаны. Кроме того, она свидетельствует о поглощении публичным порядком императивных норм. Последнее вызывает особую озабоченность, поскольку может явиться нормативным препятствием развития института норм непосредственного применения, являющегося новым для российского права и демонстрирующего одну из тенденций развития современного МЧП — нормативную фиксацию отдельных особо значимых положений российского законодательства — сверхимперативных норм. Как верно отмечает Ю.Г. Богатина, «в данном случае элементы публичного порядка продолжают защищаться, но в других формах и с помощью других механизмов — через уточнение оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений и решений арбитражей (третейских судов), закрепленных в международных договорах или национальном законодательстве, через по-

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 02.04.2019 № 301-ЭС18-24455 по делу № А31-7930/2018.

⁶ Определение Верховного Суда РФ от 28.11.2017 № 309-ЭС-13269 по делу № А07-27391/2016.

⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.10.2018 № Ф05-17727/2018 по делу № А41-15132/201840-77098/18.

⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.08.2018 № Ф05-13110/2018 по делу № А40-77098/18.

явление новых императивных норм в международном частном праве (норм непосредственного применения) и др.» [Богатина Ю.Г., 2010: 165].

Оговорка о публичном порядке действует наряду со свехимперативными нормами, не подменяя их. Противоположное же решение нарушит ключевой принцип МЧП, лежащий в основе концепции свехимперативных норм, — защиты национальных институтов [Chng K., 2018: 153]. Считаем, что обеспечение защиты прав и охраняемых законом интересов участников трансграничных семейных правоотношений, гарантированных национальным законом, должно осуществляться в рамках национальных правовых механизмов, без привлечения оговорки о публичном порядке, цель которой заключается в предотвращении негативных последствий применения норм иностранного семейного права, а не контроле за их содержанием.

Вот почему сегодня особенно важно определение публичного порядка и его содержания, что, вероятно, сделает рассматриваемую оговорку применимой при разрешении семейных споров с участием иностранцев.

Противоречием публичному порядку не следует считать отсутствие в российском семейном праве норм или институтов, аналогичных нормам или институтам применимого иностранного семейного права, или отличное от российского регулирование отношений между членами семьи. Так, оговорка не должна применяться, если заключение или расторжение брака в иностранном государстве осуществлялось по иным, нежели в российском праве, правилам. Суды не должны привлекать оговорку при применении норм иностранного права, регулирующего полигамные, однополые или религиозные браки. Вызывает возражения отказ в применении иностранного права по причине противоречия публичному порядку при предъявлении членом полигамной семьи требования об уплате алиментов. Запрет усыновления ребенка иностранцем также не может рассматриваться в качестве несовместимого с публичным порядком. Вместе с тем защита национальных институтов семьи и брака нормами непосредственного применения в подобных ситуациях не исключается. Такой подход обеспечит правовую определенность, исключит необоснованный отказ в применении иностранного права, гарантирует права участников семейных отношений.

Применение оговорки о публичном порядке при разрешении трансграничных семейных споров возможно лишь в случаях нарушения фундаментальных прав индивида. Публичный порядок может применяться против репутации, отзывного расторжения брака, дискриминации, нарушения равенства, умаления права на уважение частной и семейной жизни. Содержание публичного порядка в этом контексте составляют основополагающие принципы национального права, общепризнанные принципы и нормы международного права, обеспечивающие охрану ценностей фундаментального характера.

3. Практика применения оговорки о публичном порядке при разрешении семейно-правовых споров

Практика разрешения семейно-правовых споров с привлечением оговорки о публичном порядке в иностранных судах начала складываться в начале прошлого столетия. К настоящему времени накоплен внушительный перечень правовых позиций судов стран континентального и общего права, а юридическая литература, преимущественно зарубежная, демонстрирует отдельные примеры, ставшие хрестоматийными [Hoguet L., 1999: 29–44].

Суды разных государств по-разному подходят к решению вопроса о противоречии иностранного семейного права публичному порядку. Большинство дел, рассматриваемых сегодня, основаны на требованиях о признании брака или развода, совершенного по религиозному обряду.

В деле *Nasreen Akhter vs Mohammed Shabaz Khan*, рассмотренном английским судом в 2018 г., супруга потребовала развода после 20-летнего брака. Возражения ее мужа строились на том, что брак (никах), заключенный в Лондоне, признается только по исламским законам, но не по английскому праву, а значит, и развод по английскому праву невозможен. Суд по семейным делам признал брак действительным и требование о его расторжении удовлетворил⁹. Однако такое решение вовсе не означает безусловного признания всех исламских браков в Великобритании. Будучи совершенными за ее пределами, они требуют обязательной регистрации. Примечательно, что в рассматриваемом споре суд не оценивал религиозный брак с позиции ответственности английскому публичному порядку.

В деле *Mamisch vs Sahuouni*, рассмотренном немецким судом, Mr Mamisch, получивший частный развод по одностороннему волеизъявлению, зарегистрированный в шариатском суде в Сирии, обратился в компетентный суд Мюнхена с просьбой о признании исламского развода, основывая свои требования на Регламенте Рим III¹⁰. Немецкий суд признал развод, основываясь на положениях Регламента и сирийского права. Mrs Sahuouni возразила относительно такого признания, несмотря на предшествующее этому согласие в получении всего причитающегося по брачному договору и освобождении ее супруга от обязательств в отношении нее. Суд ЕС в 2017 г. вынес решение, в соответствии с которым Положения Регламента Рим III (ст. 10) к настоящему делу не применимы, поскольку развод является результатом односто-

⁹ Available at: <http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWFC/HCJ/2018/54.html> (дата обращения: 30.07.2019)

¹⁰ Регламент Совета Европейского союза N 1259/2010 20.12.2010 о расширении сотрудничества в области права, применимого к расторжению брака и судебному разлучению супругов (Рим III) // СПС Гарант.

ронного волеизъявления супруга, заявленного перед религиозным судом¹¹, а, значит, носит дискриминационный характер.

Суд Салоник в 2018 г. отказался признать развод супругов (гражданина Египта и гражданки Греции), произведенный в Каире, по причине противоречия публичному порядку. Позиция суда по данному делу обосновывалась отдельными решениями ЕСПЧ, Резолюцией Парламентской Ассамблеи стран ЕС 1743 (2010) «Ислам, исламизм и исламофобия в Европе», Конституцией Греции (ст. 2.1), которая определяет первоочередной обязанностью государства уважение и защиту достоинства человека. Примечательно, что в решении имеется отсылка к иностранной судебной практике — решению Верховного Суда Индии, объявившему талак неконституционным¹².

Не менее интересны дела, возникшие из отношений суррогатного материнства. Кассационный суд Франции сразу в трех похожих делах (самым известным из которых является дело *Mennesson*, впоследствии рассмотренное ЕСПЧ¹³) указал, что подтверждение правового эффекта иностранного суррогатного материнства во Франции нарушает французский международный публичный порядок, поскольку противоречит принципу неотчуждаемости персонального статуса — основополагающего принципа французского права [Gruenbaum D., 2012: 496].

Верховный Суд Японии, основываясь на противоречии публичному порядку, также отказал в признании решения суда штата Невада, провозгласившего супружескую чету из Японии родителями детей, рожденных суррогатной матерью в США. Суд указал, что противоположное решение будет несовместимо с нормами, закрепляющими основополагающий принцип персонального статуса в Японии [Gruenbaum D., 2012: 497].

Отечественная практика применения оговорки о публичном порядке при разрешении семейно-правовых споров выглядит весьма скромно. Лишь 2018 г. ознаменовался полемикой относительно действительности и возможных последствий заключения однополого брака российскими гражданами в Дании. Известно, что судом вопрос о противоречии данного союза публичному порядку не решался, а сами «новобрачные» были привлечены к административной ответственности за умышленную порчу паспортов [Канашевский В.А., 2018: 60].

¹¹ Judgment of the Court (First Chamber) of 20 December 2017 (request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht München — Germany). Case C-372/16). Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3АОJ.C_.2018.072.01.0016.01.ENG (дата обращения: 29.07.2019)

¹² Available at: <http://icl-in-greece.blogspot.com/2018/08/no-recognition-of-egyptian-talaq-on.html> (дата обращения: 30.07.2019)

¹³ Постановление ЕСПЧ от 26.06.2014 по делу «Лабассе против Франции» (жалоба N 65941/11) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2014. N 10.

При всей неоднородности судебных решений, принимаемых в разных государствах, несомненное влияние на применение оговорки о публичном порядке в настоящее время оказывает международное правосудие, которое смещает акценты в современных исследованиях публичного порядка в плоскость прав человека и МЧП. Национальные особенности заключения и расторжения брака, раздела супружеского имущества, присуждения алиментов, устройства детей в семью более неспособны составить конкуренцию правам индивида на уважение частной и семейной жизни, вступление в брак, равенству, запрету дискриминации, поэтому внутрисударственная практика применения оговорки о публичном порядке должна стремиться к достижению правовой определенности, исключению необоснованного отказа в применении иностранного права, гарантированному осуществлению основных субъективных прав.

Заключение

На фоне все увеличивающегося интереса к институту оговорки о публичном порядке правило ст. 167 Семейного кодекса оказалось невостребованным. Возможными причинами этого являются неудачная редакция нормы, незначительное количество трансграничных семейных споров, разрешаемых российскими судами, нежелание последних применять иностранное право, отсутствие ясной позиции Верховного суда по вопросу применения оговорки.

Неопределенность категории публичного порядка делает затруднительным определение его элементов. Анализ судебной практики позволил сделать вывод о том, что элементы публичного порядка, предложенные отечественной доктриной, в правоприменительной деятельности находят лишь частичное отражение. Оговорка о публичном порядке преимущественно защищает внутренний публичный порядок, восполняя недостаточность или отсутствие внутрисударственных механизмов, подменяя сверхимперативные нормы.

Публичному порядку Российской Федерации не должна корреспондировать определенная группа норм национального права, подлежащих применению при разрешении семейно-правовых споров, осложненных иностранным элементом. Основы публичного порядка в семейно-правовой сфере составляют принципы семейного права, закрепленные в Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права.

Библиография

Ануфриева Л.П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. N 3. С. 37–46.

- Безруков А.В. Конституционно-правовые аспекты осуществления законодательной власти по обеспечению правопорядка в России. М.: Юстицинформ, 2015. 188 с.
- Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. 408 с.
- Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. М: Юрайт, 2013. 959 с.
- Гришаев С.П. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2017 // СПС КонсультантПлюс.
- Гришаев С.П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан. М., 2009 // СПС КонсультантПлюс.
- Дмитриева Г.К. (ред.). Международное частное право. М.: Проспект, 2004. 688 с.
- Дмитриева Г.К. (ред.). Международное частное право. М.: Проспект, 2018. 680 с.
- Доронина Н.Г., Хлестова И.О. (отв. ред.) Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: ИНФРА-М, 2014. 352 с.
- Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. М.: Высшая школа экономики, 2015. 655 с.
- Канашевский В.А. Вопросы публичного порядка и квалификации при регулировании семейных отношений, осложненных иностранным элементом // Журнал российского права. 2018. N 5. С. 56–62.
- Краснова Т.В. Взаимодействие норм морали и права как регуляторов поведения родителей в семейных правоотношениях // Вопросы российского и международного права. 2017. Т. 7. N 3. С. 122–130.
- Крашенинников П.В. (ред.) Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону «Об опеке и попечительстве» и Федеральному закону «Об актах гражданского состояния». М.: Статут, 2012. 654 с.
- Крашенинников П.В. (ред.) Семейное право. М.: Статут, 2019. 315 с.
- Кузнецова О.В. Конституционно-правовая защита семьи, материнства, отцовства и детства в России: автореф. дис. ... к.ю.н. Челябинск, 2004. 24 с.
- Максименко С.Т., Ситкова О.Ю. (ред.) Проблемы коллизионного регулирования семейно-брачных отношений в праве Российской Федерации. М.: Проспект, 2019. 192 с.
- Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации. Введение // Семейное и жилищное право. 2012. N 1. С. 26–42.
- Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2011 // СПС Гарант.
- Слепакова А.В. Правоотношения собственности супругов. М.: Статут, 2005. 444 с.
- Тарусина Н.Н. О принципах семейного права // Вестник Ярославского государственного университета. Гуманитарные науки. 2011. N 3. С. 59–63.
- Татаринцева Е.А. Влияние «конвенционного права» на формирование национальных принципов усыновления в Российской Федерации и странах общего права // Академический юридический журнал. 2012. N 3. С. 34–40.
- Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права: дис. ... д.ю.н. М., 2007. 392 с.
- Шерстнева Н.С. Принципы российского семейного права: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007. 60 с.
- Шершень Т.В. К проблеме определения принципов российского семейного права // Актуальные проблемы российского права. 2008. N 4. С. 167–173.

Шулаков А.А. Публичный порядок в международном частном праве и проблемы толкования и применения сверхимперативных и императивных норм // *Lex russica*. 2018. N 4. С. 81–97.

Baarsma N. *The Europeanisation of International Family Law*. The Hague: Springer, 2011, 341 p.

Chng K. A theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws. *Journal of Private International Law*, 2018, no 1, pp. 130–159.

Gruenbaum D. Foreign Surrogate Motherhood: *mater semper certa erat*. *The American Journal of Comparative Law*, 2012, no 2, pp. 475–505.

Estin A. Foreign and Religious Family Law: Comity, Contract, and the Constitution. *Pepperdine Law Review*, 2014, vol. 41, pp. 1029–1047.

Hoguet L. State common-law choice-of-law doctrine and same-sex marriage: how will states enforce the public policy exception. *Creighton Law Review*, 1999, vol. 32, pp. 29–44.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Public Order Reservation to Application of Foreign Family Law



Elena Voytovich

Associate Professor, Department of Civil Law and Procedure, Siberian Institute of Management, Branch of Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Candidate of Juridical Sciences. Address: 6 Nizhegorodskaya St., Novosibirsk 630102, Russia. E-mail: vojtovich@siu.ranepa.ru



Abstract

The effect of the norms of foreign family law is closely connected with the problem of restrictions relating to the action in Russia foreign law chosen by the parties or by the court and to be applied to family relations. Private International Law knows several methods that limit the effect of foreign family law. One of them is a public policy exception, which is enshrined in Art. 167 of the Family Code. It generally meets modern standards of Private International Law. At the same time, its application in practice does not give a positive effect. The purpose of the study: ensuring the correct and uniform application of the rules of Private International Law by courts in resolving family law disputes, protection from undesirable consequences that the application of foreign family law may have to a specific legal relationship. Achieving this goal is carried out by solving the following tasks: to determine public policy and its elements for the needs of Family Law regulation, to assess the role of the public order exception to application of foreign family law from the point of view of doctrine and law enforcement. Basic research methods are: formal legal analysis, comparative method. It is substantiated that in Private International Family Law public order did not receive a generalized description, the author analyzes possible reasons for not applying this rule, draws attention to the shortcomings of the current wording of Art. 167 of the Family Code, makes proposals for improving the current legislation, gives recommendations to courts resolving cross-border family disputes. It is noted that the domestic doctrine and practice determine the elements of public order of the Russian Federation differently, the author draws attention to the negative trends

in judicial practice. The author comes to the conclusion that the provision of domestic practices of the application of a public order clause should strive to achieve legal certainty, to exclude an unjustified refusal in the application of foreign law, to ensure the exercise of fundamental human rights. The author concludes that the public order of the Russian Federation must not correspond to a group of rules to be applied when resolving family law disputes complicated by a foreign element. The foundations of public order in the family law are the principles of family law enshrined in the Constitution and fundamental human rights.



Keywords

public order; family law; legal basis; principles; reservation; overriding mandatory rules.

For citation: Voitovich E.P. (2020) The Public Order Reservation to Applying Foreign Family Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 26–43 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.26.43



References

- Anufrieva L.P. (2003) New Russian regulation in Private International Law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 37–46 (in Russian)
- Baarsma N. (2011) *Europeanisation of international family law*. The Hague: Springer, 341 p.
- Bezrukov A.V. (2015) *Constitutional aspects of implementing legislative power to ensure the rule of law in Russia*. Moscow: Yustitsinform, 88 p. (in Russian)
- Bogatina Yu.G. (2010) *Reservation of public order in private international law: theoretical issues and contemporary practice*. Moscow: Statute, 408 p. (in Russian)
- Chng K.A. (2018) Theoretical perspective of the public policy doctrine in the conflict of laws. *Journal of Private International Law*, no 1, pp. 130–159.
- Dmitrieva G.K. (2004) (ed.) *Private International Law*. Moscow: Prospect, 688 p. (in Russian)
- Dmitrieva G.K. (2018) (ed.) *Private International Law*. Moscow: Prospect, 680 p. (in Russian)
- Doronina N.G., Khlestova I.O. (ed.) (2014) *Separate types of obligations in Private International Law*. Moscow: INFRA-M, 352 p. (in Russian)
- Erpyleva N.Yu. (2015) *Private International Law*. Moscow: Higher School of Economics, 655 p. (in Russian)
- Estin A. (2014) Foreign and Religious Family Law: Comity, Contract, and the Constitution. *Pepperdine Law Review*, vol. 41, pp. 1029–1047.
- Fedoseeva G.Yu. (2007) Marital and family relations as an object of Russian Private International Law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 392 p. (in Russian)
- Getman-Pavlova I.V. (2013) *Private International Law*. Moscow: Yurayt, 959 p. (in Russian)
- Grishaev S.P. (2009) Family legal relations with the participation of foreign citizens. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Grishaev S.P. (2017) Comments to the Russian Family Code. SPS Consultant Plus (in Russian)
- Gruenbaum D. (2012) Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat. *The American Journal of Comparative Law*, no 2, pp. 475–505.

- Hoguet L. (1999) State common-law choice-of-law doctrine and same-sex marriage: how will states enforce the public policy exception. *Creighton Law Review*, vol. 32, pp. 29–44.
- Kanashevsky V.A. (2018) Issues of public order and characterization in regulating family relations involving foreign element. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 56–62 (in Russian)
- Krasheninnikov P.V. (ed.) (2012) The article-by-article commentary to the Family Code, Federal Law “On Guardianship and Custody” and Federal Law “On Acts of a Civil Status”. Moscow: Statute, 654 p. (in Russian)
- Krasheninnikov P.V. (ed.) (2019) *Family Law*. Moscow: Statute, 315 p. (in Russian)
- Krasnova T.V. (2017) The interaction of morality and law as regulators of behavior of the parents in family relationships. *Voprosy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*, vol. 7, pp. 122–130 (in Russian)
- Kuznetsova O.V. (2004) Constitutional and legal protection of family, motherhood, fatherhood and childhood in Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Chelyabinsk, 24 p. (in Russian)
- Maksimenko S.T., Sitkova O. Yu. (eds.) (2019) *Regulation of family and marriage conflicts in the Russian law*. Moscow: Prospect, 192 p. (in Russian)
- Manankova R.P. (2012) Explanatory note on the concept of draft of the new Russian Family Code. *Semeinoe i zhilishchoye pravo*, no 1, pp. 26–42 (in Russian)
- Pchelintseva L.M. (2011) Comments to Russian family code. SPS Garant (in Russian)
- Shershen T.V. (2008) On defining principles of Russian family law. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 4, pp. 167–173 (in Russian)
- Sherstneva N.S. (2007) Principles of Russian family law. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 60 p. (in Russian)
- Shulakov A.A. (2018) Public policy in private international law and interpretation and application of the super mandatory and mandatory provisions. *Lex russica*, no 4, pp. 81–97 (in Russian)
- Slepakova A.V. (2005) *Spousal property relations*. Moscow: Statute, 444 p. (in Russian)
- Tarusina N.N. (2011) On principles of family law. *Vestnik Yaroslavsckogo universita*, no 3, pp. 59–63 (in Russian)
- Tatarinceva E.A. (2012) The impact of “conventional law” on forming national adoption principles in Russia and common law states. *Academicheskij juridicheskij zhurnal*, no 3, pp. 34–40 (in Russian)

Осуществление права отцовства в современной России: правоприменительные и законодательные препятствия



С.В. Зыков

научный сотрудник, Институт философии и права Сибирского отделения Российской академии наук. Адрес: 630090, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Николаева, 8. E-mail: Zykovsv@yandex.ru



Аннотация

Предметом исследования является юридический институт отцовства в системе права Российской Федерации. Целью является выявление основных проблемы осуществления права отцовства с использованием методов моделирования, а также исторического, формально-юридического, системного, статистического методов. Проблемное поле данного юридического института начинается с Конституции, которая предоставляет ему (в семейно-правовом контексте) предельно ограниченную базу, и эта ограниченность в настоящее время не восполнена правовыми позициями Конституционного Суда России. Ключевым в этой сфере (с учетом доли расторгаемых браков) является возможность постразводного воспитания отцами их детей. Дискриминационная к отцам судебная практика об определении места жительства ребенка поддерживается прежде всего благодаря незаконному применению Верховным Судом России принципа 6 Декларации о правах ребенка; изменению им нормы закона, устанавливающей иерархию критериев, подлежащих учету по делам данной категории; а также посредством подбора судебных дел определенной направленности. В отношении отдельно проживающего родителя, который может вместо воспитания ребенка претендовать лишь на суррогатное право общения с ним, судебная практика вводит обязанность доказать, что такое общение не причинит вреда ребенку. Таким образом, суды фактически вводят дополнительно к трем установленным формам не предусмотренную законом форму ответственности родителя, что является нарушением закона. Кроме того, суды существенно ограничивают время общения с ребенком, ссылаясь на обстоятельства, которые зависят исключительно от действий другого родителя, проживающего с ребенком, тем самым оставляя ему возможности злоупотреблений. Злоупотреблениям способствуют и решения судов об установлении графика общения, ставящие его в зависимость от участия родителя, с которым проживает ребенок (как правило, матери), или от желания самого ребенка, на которого может воздействовать родитель, с которым он живет. Указанные подходы, закрепленные в правовых позициях Верховного Суда, должны быть заменены правовыми, соответствующими нормам и принципам права. Одновременно следует рассмотреть возможность применения механизма проживания ребенка на паритетных началах («совместная опека») в качестве общего правила при разрешении споров родителей о месте жительстве ребенка.



Ключевые слова

институт отцовства, материнство, равенство полов, расторжение брака, совместная опека родителей, детско-родительские отношения, ответственное отцовство, права отцов.

Для цитирования: Зыков С.В. Осуществление права отцовства в современной России: правоприменительные и законодательные препятствия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 44–71.

УДК: 347.634.1

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.44.71

Введение

Актуальность вопроса, вынесенного в заглавие настоящей статьи, обусловлена, прежде всего, явной несоразмерностью общественного значения и резонанса проблемы (о чем свидетельствует, в частности, значительное количество профильных общественных объединений, объединений в социальных сетях; появление соответствующих петиций и законодательных инициатив), с одной стороны, и крайне ограниченным ее отражением в юридической доктрине, с другой.

Проблемы осуществления прав отцов исследуются в настоящее время преимущественно социологами. Разумеется, они отмечают в основном внеправовые факторы, негативно воздействующие на данный социальный институт (например, преобразования советского периода), но наряду с ними обозначают и правовые элементы неблагоприятного влияния. В частности, по их мнению, государственная поддержка материнства (в условиях относительной стабильности) приводит к снижению значения отца в семье [Королев С.В., 2015: 22], государственные органы не учитывают интересы российских отцов [Новоселов В.М., 2013: 45]. Результаты социологических исследований (метод — глубинные интервью) демонстрируют тенденциозность судей в рамках бракоразводного процесса и минимизацию возможностей встреч с ребенком в комфортной обстановке после развода [Шевченко И.О., 2010: 285]. По мнению социологов, «выталкивание» отцов из семьи негативно сказывается на результатах воспитания ребенка (в том числе приводит к повышению рисков девиантного поведения) [Синельников А.Б., 2015: 134].

Рассматривается проблема и с других точек зрения, например, в социально-философском ключе обозначается проблема «травмированного отцовства» в постразводной ситуации [Орлова Н.Х., 2017: 101–102]. Лингвистический анализ выявляет, с одной стороны (из дискурсивных практик СМИ),

анахронизм стереотипа оставления ребенка с матерью, с другой — формирование социальной рекламой (в том числе создаваемой по заказу органов государственной власти) «необъективного отношения к институту отцовства» [Иссерс О.С., 2017: 39, 45].

Работ непосредственно по этой проблеме, написанных специалистами в области семейного права, очень немного и они, видимо, в силу небольшого объема, к сожалению, не отличаются глубиной анализа. Так, в одной из работ, на основе перечисления положений Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ), а также ряда норм трудового права, делается вывод, что «по большей части права отца и матери по законодательству Российской Федерации равны» [Пробина С.С., 2017: 49]. Сочетания «равенство» и «по большей части» навеивает ассоциации с известным произведением Дж. Оруэлла. Далее, признавая наличие «определенных сложностей» у отдельно проживающего отца, автор указывает: «Тем не менее, преодоление таких трудностей возможно при условии, если родители готовы к компромиссам и придут к соглашению об осуществлении прав и выполнении обязанностей по отношению к своему ребенку. Но это несколько не будет уменьшать объем правомочий отдельно проживающего отца» [Пробина С.С., 2017: 52]. Бесспорно, договариваться желательно всегда, особенно в подобных ситуациях, но если осуществление прав субъекта ставится в зависимость от воли другого лица, то такое право переходит из категории абсолютных прав в категорию относительных. Считать, что это не уменьшает его объема, по меньшей мере странно. Наконец, к концу статьи, признавая наличие проблемы в данной сфере, автор предлагает в качестве их решения обращаться в Европейский суд по правам человека [Пробина С.С., 2017: 53], что выглядит или не слишком тонким издевательством, или непониманием автором назначения и функций указанного международного юрисдикционного органа.

Встречаются и диссертационные исследования в данной области, но в них, как и в подавляющем большинстве статей, в основном исследуется не осуществление права отцовства, а установление отцовства. Так, в одной из работ, несмотря на то, что она наполовину (одна из двух глав именуется «Реализации принципа равноправия родительских правоотношений») посвящена первому из указанных вопросов, проблема осуществления права отцовства получила непосредственное отражение только в одном из восьми положений, выносимых на защиту («необходимость закрепления равенства родителей в качестве принципа семейного права в п. 3 ст. 1 СК РФ»; разумеется, с этим предложением следует согласиться), а еще в одном — с оговорками («необходимость учитывать при определении размера алиментов обязанность по содержанию ребенка родителя, с ним проживающего») [Асланов Х. Г., 2009: 11–12]. Остальные относятся к вопросам установления отцовства, порой не слишком значимым (так, по нашему мнению, судебная

практика не подтверждает актуальности проблемы отцовства супруга суррогатной матери).

На фоне семейно-правовых исследований права отцовства конституционно-правовые исследования выглядят значительно серьезнее.

1. Конституционные основы права отцовства

Ключевой статьей Конституции Российской Федерации (далее — Конституция), посвященной семье, является ст. 38, в ч. 1 которой отцовство не упоминается вообще («Материнство и детство, семья находятся под защитой государства»). Как комментируется этот факт исследователями? Здесь можно выявить два подхода. Одни комментаторы как бы «восполняют» норму ссылкой на ст. 7 и 72 Конституции (изменяя в соответствии с ними и порядок перечисления юридических институтов). При этом отмечается, что «об отцовстве в законодательстве говорится меньше», соответственно, комментарий по вопросу отцовства занимает один небольшой абзац исключительно в рамках трудовых отношений [Зорькин В.Д., 2012: 356, 361]. Аналогичного подхода придерживается и другой исследователь, также заимствующий для целей комментирования ст. 38 норму из ч. 2 ст. 7 Конституции [Борисов А.Б., 2012: 79]. В этом случае отцовство разъясняется в контексте возможности его установления (не считая мимолетного упоминания равенства прав родителей) [Борисов А.Б., 2012: 79–80]. Заметим, что оба исследователя не приводят обоснования используемого ими систематического толкования или ссылки на такое толкование. При этом оно не является очевидным: все три указанные нормы регулируют разные отношения. Кстати, отнюдь не случайно, что в комментариях к ст. 7 Конституции, которая использовалась обоими авторами, рассматриваются исключительно характеристики России как социального государства, отцовство при этом не упоминается вообще [Зорькин В.Д., 2012: 98–102]; [Борисов А.Б., 2012: 20–21].

Другая группа исследователей при комментировании ст. 38 Конституции обходится без упоминания отцовства в принципе, мимоходом упоминая о равенстве прав родителей [Садовникова Г.Д., 2013: 60–61]; [Смоленский М.Б., 2012: 93–96] или о возможности ухода за ребенком другими лицами, в том числе отцом [Бархатова Е.Ю., 2015: 68–70]. Разумеется, и у этих авторов в комментариях к ст. 7 отцовство не упоминается вовсе, но приводятся признаки России как социального государства [Бархатова Е.Ю., 2015: 19]; [Садовникова Г.Д., 2013: 21–22]; [Смоленский М.Б., 2012: 23–24].

В диссертации П.А. Деревянко, посвященной конституционно-правовой институционализации отцовства, выделяются его детерминанты: гендерно-определенные (ч. 2 и 3 ст. 19 Конституции), государственно-обеспечитель-

ные (ч. 2. ст. 7 и п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции) и паритетно-родительские (ч. 2 ст. 38). Паритетно-родительские выводятся из ч. 2 ст. 38, где говорится о равенстве прав и обязанностей родителей, при том, что первая часть этой статьи содержит понятие материнства, причем на первом месте, а отцовство не упоминается совсем. Автор не дает прямую оценку этому обстоятельству, однако рассматривая конституционные права советского периода, отмечает отсутствие «норм о статусе отцовства», обосновывая это тем, что «роль отца не была предусмотрена идеологией» [Деревянко П.А., 2012: 8, 13, 14]. По мнению исследователя, с принятием Конституции в 1993 г. отцовство получило конституционную институционализацию. Но проблема в том, что формулировка первой части ключевой статьи 38 Конституции, как справедливо отмечается, восходит именно к формулировкам советской Конституции 1977 года [Бархатова Е.Ю., 2015: 68]. Признавая проблемы с реализацией права отцовства, П.А. Деревянко предлагает решения: самозащиту отцами своих прав (на наш взгляд, очень спорное предложение, если иметь в виду буквальное значение термина: возможность самозащиты в семейных отношениях далеко не очевидна; но автор диссертации, скорее имеет в виду деятельность общественных правозащитных организаций), а также ряд законодательных и организационных мер. К последним указанный исследователь относит: принятие нормативно-правового акта государственной политики по отношению к отцовству, создание информационных ресурсов по проблеме; выделение специализированной рубрики в докладе Уполномоченного по правам человека; формирование комиссии по проблемам равноправия при Президенте Российской Федерации.

В другом исследовании проводится сравнительно-правовой анализ зарубежных конституций, в которых либо прямо закрепляется право отцовства, либо проводится «консолидация понятий материнства и отцовства, объединение их в семью» [Белясов С.Н., 2016: 71]. Анализируя отечественную Конституцию, исследователь делает вывод, что «Российская Федерация частично снимает с себя бремя по защите отцовства, перекладывая это на субъекты». Заметим, что с учетом ограниченности возможности субъектов Российской Федерации регулировать семейные отношения, это бремя им явно непосильно.

Наконец, заявлена и позиция, согласно которой конституционно-правовое регулирование отцовства прямо обозначается как дискриминационное [Торосян Р.А., 2018: 350].

Другой исследователь, отмечая, что «отсутствие в ст. 38 Конституции упоминания об отцовстве либо родительстве как объектах защиты государства только усугубляет гендерное неравенство родителей», предлагает закрепление в Конституции понятия «родительство» [Шахова Е.С., 2016: 27]. На наш взгляд, такое предложение является одним из вариантов, но с оговоркой, что, поскольку

ку внесение изменений в данный раздел основного закона является процедурно непростой задачей, в качестве первого шага достаточно было бы закрепление этого подхода в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ), основываясь на историческом и телеологическом методах толкования, что КС РФ в настоящее время, к сожалению, не сделал.

В Конституционный Суд поступали обращения по поводу практики оставления ребенка с матерью при раздельном проживании родителей. Он указывал, что сама по себе норма п. 3 ст. 65 СК РФ «не препятствует определению места жительства ребенка как совместно с матерью, так и совместно с отцом», а рассмотрение ее применения в конкретном деле не относится к компетенции Суда¹.

В другом случае отец детей (суд определил место жительства ребенка с матерью, несмотря на соглашение между родителями о проживании с отцом) обратился с жалобой на применение п. 3 ст. 65 СК РФ «в той мере, в какой он по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, позволяет судам определять место жительства ребенка при наличии между его родителями соглашения по такому вопросу». КС РФ сослался на формальную непротиворечивость Конституции и указанных норм при отсутствии своей компетенции рассматривать их применение в данном споре².

Оспаривалась и конституционность положений, касающихся объема прав отдельно проживающего родителя (в частности, для целей признания жилищных прав детей), а именно, конституционность положения п. 1 ст. 66 СК РФ, «поскольку объем родительских прав одного из родителей оно ставит в зависимость от того, проживает ли ребенок вместе с ним». Конституционный Суд указал, что данная норма «конкретизирует положения статьи 38 (часть 2) Конституции Российской Федерации, не ограничивает сам по себе объем родительских прав»³. В другом деле суд общей юрисдикции обязал отдельно проживающего отца согласовывать встречи с матерью

¹ Определение Конституционного Суда «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ямбулатова Юрия Геннадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 статьи 65 и пунктом 2 статьи 66 Семейного кодекса Российской Федерации» от 19.02.2004 № 58-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision31754.pdf/> (дата обращения: 07.08.2020)

² Определение Конституционного Суда «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Вевера Станислава Александровича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 статьи 65 Семейного кодекса Российской Федерации» от 17.11.2009 № 1502-О-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision20300.pdf/> (дата обращения: 07.08.2020)

³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Елисеева Сергея Геннадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 66 Семейного кодекса Российской Федерации» от 23.06.2009 № 665-О-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision6118.pdf/> (дата обращения: 07.08.2020)

и определил ее обязательное присутствие при встречах. Заявитель оспорил соответствующие положения СК РФ с точки зрения того, «в какой по смыслу, придаваемому правоприменительной практикой в системе действующего правового регулирования, они позволяют судам ограничивать принадлежащее родителю, проживающему отдельно от ребенка». По мнению КС РФ, суды «дали оценку существенным для данного дела обстоятельствам»⁴ (одновременно сославшись на критерий возраста, упомянутый в качестве приоритетного в п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 27.05.1998 N 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей»⁵ (далее — Постановление ВС РФ 1998 г.).

Отказывая в принятии заявлений по указанному вопросу, КС РФ иногда ссылается не на Конституцию, а на принципы семейного права⁶.

Имела место попытка оспорить конституционность принципа 6 Декларации прав ребенка, примененного в деле заявителя (о запрете разлучения с матерью, если нет исключительных обстоятельств). Конституционный Суд сослался на то, что «правомочен проверять конституционность лишь не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации»⁷.

Заявлялись к оспариванию и положения иных отраслевых законов, регулирующих отношения между родителями, в частности, ст. 21 Федерального закона от 15.08.1996 N 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», согласно которой «в случае, если один из родителей, усыновителей, опекунов или попечителей заявит о своем несогласии на выезд из Российской Федерации несовершеннолетнего гражданина Российской Федерации, вопрос о возможности его выезда из Российской Федерации разрешается в судебном порядке» (в деле заявителя суд

⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Техова Алексея Борисовича на нарушение его конституционных прав абзацем вторым пункта 2 статьи 66 Семейного кодекса Российской Федерации» от 22.12.2015 № 2805-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision219787.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

⁵ Российская газета. 1998. № 110.

⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бохонова Александра Валериевича на нарушение его конституционных прав и конституционных прав его несовершеннолетнего ребенка положениями статей 134, 152 и 222 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, а также статей 1, 64, 65 и 66 Семейного кодекса Российской Федерации» от 17 июля 2014 года № 1589-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision172724.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

⁷ Определение Конституционного Суда Российской Федерации «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Буркова Егора Александровича на нарушение его конституционных прав принципом 6 Декларации прав ребенка» от 25.05.2017 № 1027-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision274909.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

общей юрисдикции признал право на выезд его бывшей жены с общим ребенком на постоянное жительство в другую страну). КС РФ сослался на то, что при равенстве прав родителей в вопросах, касающихся выезда, «вместе с тем по смыслу статей 1, 56 и 65 названного Кодекса ребенок имеет право на защиту своих прав и законных интересов, в том числе от злоупотреблений со стороны своих родителей; родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей, а разногласия между родителями разрешаются путем обращения в органы опеки и попечительства или в суд на основании приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних». Далее — стандартная формулировка об отсутствии компетенции рассмотрения фактических обстоятельств⁸.

Позволим себе отметить, что спор, в котором демонстрировались «злоупотребления со стороны родителей» выбран не самый удачный: речь шла не о выезде за рубеж с целью лечения, отдыха и т.п., а о выезде на постоянное жительство, что фактически и лишало остающегося в России отца возможности воспитывать ребенка, и, как минимум, требовало освещения вопроса о праве ребенка на уважение своей индивидуальности и праве не разлучаться со своими родителями (ст. 8, 9 Конвенции о правах ребенка⁹).

В качестве иллюстрации правовой позиции КС РФ к ст. 7 Конституции чаще всего приводится Определение¹⁰, касающееся размера социальных пособий на детей. В указанном судебном акте Конституционный Суд акцентирует именно вопросы поддержки «материнства и детства», отмечая, что она «носит комплексный характер» и указанными пособиями не ограничивается, при этом законодатель вправе определить их размер «исходя из имеющихся у государства финансовых и иных ресурсов».

Таким образом, право отцовства в аспекте отношений с государством полноценно закреплено в Конституции, но в семейно-правовом контексте его конституционно-правовые основания ограничены, и эта ограниченность не восполнена в настоящее время правовыми позициями Конституционного Суда.

⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Малинина Алексея Николаевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 21 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» от 26.11.2018 № 3084-О. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision371259.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

⁹ Одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 // Сборник международных договоров СССР. 1993. Выпуск XLVI.

¹⁰ Определение Конституционного Суда от 02.10.2003 N 382-О по запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности положений статей 8,15 и 17 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющих детей» // СПС КонсультантПлюс.

2. Дискриминация в судебной практике при определении места жительства ребенка

Мнение о презумптивности судебной практики по спорам об определении места жительства ребенка в пользу матери распространено и в обществе, и в специальной литературе. Подтверждается ли оно действующим правоприменением? Интернет-ресурс «Судебные и нормативные акты Российской Федерации» содержит за год, предшествующий написанию настоящей работы, 200 решений судов общей юрисдикции по статье, касающейся определения места жительства ребенка в судебном порядке. Данные требования рассмотрены в 62 делах, из которых в двух было достигнуто соглашение между сторонами и в двух случаях суд отказал в рассмотрении спора по причине совместного проживания родителей. В оставшихся делах суды оставили детей с отцами согласно 33% решений (48% исков отцов было удовлетворено). Казалось бы, все не так уж плохо.

Но, во-первых, заметим, что значительная часть решений, которыми место жительства определено с отцом, вынесено в республиках Северного Кавказа. Если рассматривать картину по России без учета этих регионов, то она будет значительно более дисбалансированной.

Во-вторых, процент дел, где на момент рассмотрения спора ребенок проживал с отцом, несколько выше (52% споров).

В-третьих, органы опеки и попечительства явно оказывают предпочтение матерям (69% заключений в их пользу), что важно, поскольку ни для кого не секрет, что последние полтора–два десятилетия суды демонстрируют чрезвычайную благосклонность к позиции органов публичной власти. Органы опеки и попечительства однозначно высказываются в пользу матери в ситуациях, когда не располагают информацией относительно одной из сторон¹¹; нейтрально формулируют позицию применительно к матери, которая около восьми лет не проживала с ребенком, его не содержала и с ним не виделась¹².

Нам удалось найти только одно судебное дело, где органы опеки высказались в пользу проживания ребенка с отцом, но при этом суд не согласился с ними и в иске отцу отказал¹³. При этом в центр правовой аргументации были вынесены ссылки на отсутствие «исключительных обстоятельств», о которых говорится в принципе 6 Декларации прав ребенка, принятой Гене-

¹¹ Решение Химкинского городского суда Московской области от 23.01.2019 по делу № 2–7566/2018. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

¹² Решение Нововятского районного суда города Кирова от 18.02.2019 по делу № 2-164/2019. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

¹³ Решение Серебряно-Прудского районного суда Московской области 14.01.2019 по делу № 2-16/2019. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

ральной Ассамблеей ООН 20.11.1959¹⁴ (далее — Декларация прав ребенка), и указание на малолетний возраст.

Собственно, здесь мы подходим к ключевому моменту: принято говорить именно о презумптивном характере правоприменительной практики по данной категории споров, а не о правовой аксиоме. Разумеется, в приведенной статистике немало дел, где решение очевидно соразмерно обстоятельствам, в том числе с точки наилучших интересов ребенка, которыми суд должен руководствоваться. Справедливо, если отец многие годы не видел ребенка и не предпринимал попыток, определить место жительства ребенка с матерью. Бывают и обратные ситуации — в одном из таких исков истица, с детской непосредственностью «указала, что подача данного иска об изменении места жительства детей связана с тем, чтобы ответчик в будущем не смог взыскать с нее алименты на содержание детей»¹⁵. Отмечая увеличение количества решений в пользу отцов, один из исследователей проблемы (признающий проблемы с реализацией отцами своих прав и манипулированием детьми со стороны матерей) замечает, что основанием вынесения таких судебных актов, как правило, является «антиобщественное поведение, неблагоприятный образ жизни матери» [Кузнецова О.В., 2015: 90].

Иными словами, в бесспорных случаях суд выносит решения исходя из обстоятельств, и, кстати, ссылки на указанную норму Декларацию прав ребенка чаще всего не приводится (в этом нет необходимости), но в действительно спорных случаях она (а также указанное Постановление ВС РФ 1998 г.) оказываются опорами, позволяющими формировать гендерно-дискриминационную практику. В том числе в ситуациях, когда один из детей хотел проживать с отцом, у которого он периодически ночевал¹⁶; когда ребенок на момент рассмотрения спора проживал с отцом¹⁷ и т.п.

При этом, поскольку в Декларации прав ребенка в рассматриваемом контексте говорится о «малолетнем» ребенке, то суды обозначают возрастную границу со ссылкой на ст. 28 Гражданского кодекса Российской Федерации в 14 лет¹⁸, что является весьма спорным решением хотя бы потому, что гражданскую и семейную дееспособность принято различать.

¹⁴ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childdec.shtml (дата обращения: 29.09.2019)

¹⁵ Решение Рыбновского районного суда Рязанской области от 05.02.2019 по делу № 2-39/2019. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

¹⁶ Решение Хабаровского районного суда Хабаровского края от 02.11.2018 по делу № 2- 894 /2018. Available at; URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

¹⁷ Решение Ленинского районного суда Саратова от 28.11.2018 по делу N 2-4459/2018. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

¹⁸ См., напр.: Решение Пятигорского городского суда от 15.01.2019 по делу №2-198/2019. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

Итак, каким образом поддерживается такая судебная практика, явным образом не соответствующая нормам закона, в том числе конституционным?

1. Применением принципа 6 Декларации прав ребенка. ВС РФ неоднократно цитировал принцип 6 Декларации прав ребенка, соответственно указывая, что «исключительных обстоятельств» как оснований разлучения малолетнего ребенка с матерью не представлено. Данная правовая позиция отражена не только в конкретных делах,¹⁹ но и попала в Обзор судебной практики, возглавляя раздел «Споры, связанные с воспитание детей»²⁰. Отметим, что ранее ни указанное положение, ни Декларация прав ребенка как таковая в актах ВС РФ не фигурировала, именно в последние годы можно говорить о ее «ползучей имплементации».

Фигурирует Декларация прав ребенка (ее другие положения и в другом контексте) и в актах Конституционного Суда: право на нормативно установленные льготы по оплате при перевозке ребенка, поскольку последний нуждается в специальной охране и заботе²¹, принцип наилучших интересов ребенка в связи с оспариванием положений о взыскании алиментов с доходов от предпринимательской деятельности без учета понесенных расходов²². При этом неправомерность применения принципа 6 Декларации прав ребенка была давно обоснована А.В. Даниленковым [Даниленков А.А., 2013: 12–14].

Во-первых, по мнению указанного исследователя, неправильно такое толкование: в указанной норме речь идет о правах ребенка на воспитание матерью в контексте его возможного отобрания органами публичной власти, а не о противопоставлении прав родителей.

Во-вторых, А.В. Даниленков оспаривает применение указанной нормы как составной части Декларации прав ребенка, которая не фигурирует в ка-

¹⁹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 10.05.2016 N 5-КГ16-67; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 19.12.2017 N 18-КГ17-181. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

²⁰ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 4, утвержденный Президиумом Верховного Суда 23.12.2015 (ред. от 26.04.2017) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. N 9.

²¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положения подпункта 3 пункта 2 статьи 106 Воздушного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Авиационная компания «Полет» и открытых акционерных обществ «Авиакомпания «Сибирь» и «Авиакомпания «ЮТэйр» от 20.12.2011 № 29-П. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision82836.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности подпункта «з» пункта 2 Перечня видов заработной платы и иного дохода, из которых производится удержание алиментов на несовершеннолетних детей, в связи с жалобой гражданина Л.Р. Амаякяна от 20.07.2010. Available at: URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision37898.pdf> (дата обращения: 07.08.2020)

честве международного договора России на официальном сайте профильного министерства, не упоминается самим ВС РФ в обзоре²³ (далее — Обзор ВС РФ 2011 г.) как акт, регулирующий отношения по спорам, связанным с воспитанием детей.

В-третьих, по мнению указанного автора, принцип 6 Декларации не может рассматриваться как общепризнанный принцип международного права в связи с последующим принятием Конвенции о правах ребенка (1989). В Конвенции соответствующие положения сформулированы иначе, кроме того, поскольку при толковании международного договора следует учитывать подготовительные материалы, необходимо принять во внимание, что гендерное выравнивание прав родителей было осознанной установкой участников разработки Конвенции о правах ребенка. При этом ряд государств-подписантов Декларации 1959 г. прямо исключили ее юридическую обязательность (придавая статус временного акта, содержащего общие программные установки) в процессе согласования условий Конвенции 1989 г.

Следует учесть и позицию Европейского суда по правам человека. 11.07.2017 он вынес решение против Украины (Case of M.S. v. Ukraine № 9070/14²⁴; далее — Решение), суды которой ранее использовали принцип 6 Декларации прав ребенка в указанном качестве. Констатировав его применение в качестве нормы национального права в разделе, посвященном обстоятельствам дела, ЕСПЧ оставил его без явной оценки, однако применил закрепленный в Конвенции принцип «наилучших интересов ребенка», признав нарушение права заявителя на определение места жительства ребенка.

Отметим, что отсутствие прямой критики применения принципа 6 Декларации в мотивировочной части решения вызвало особое мнение судьи Carlo Ranzoni, который указал, что применение национальными судами презумпции в пользу матери в делах о детях не соответствует ни последующему развитию [права] на уровне ООН (developments at United Nations-level subsequent) после принятия Декларации, ни устойчивой практике самого ЕСПЧ, ни позиции стран Совета Европы и большинства его членов (пункт 5 Особого мнения судьи Carlo Ranzoni). Судья указал, что Декларация ООН не является юридически обязательным документом (is not a legally binding document), она послужила основой для разработки Конвенции 1989, в ходе согласования условий которой положение о “разлучении ребенка с матерью только в исключительных обстоятельствах” подверглось критике и было ликвидировано как дискриминационное (пункт 6 Особого мнения судьи Carlo Ranzoni).

²³ Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей. Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 20.07.2011 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. N 7.

²⁴ Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%222091/13%22%5D%2C%22sort%22:%5B%22EMPTY%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-175140%22%5D%7D> (дата обращения: 29.09.2019)

Интересно, что аргументация, выраженная в Особом мнении Carlo Ranzoni, наряду с содержанием самого решения получила отражение в информационном письме Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел²⁵, который, формируя указания судам по результатам рассмотрения указанного дела, подчеркнул, что никакие презумпции, основанные на признаке пола, не должны приниматься во внимание по спорам между родителями.

Второй (а по значению, возможно, первой) опорой для дискриминационной практики является часто цитируемое судами положение абз. 2 п. 5 Постановления ВС РФ 1998 г., в котором критерии решения вопроса о месте проживания ребенка при раздельном проживании родителей называются в следующем порядке: а) возраст ребенка; б) его привязанность к каждому из родителей и другим членам семьи; в) личные качества родителей; г) отношения, существующие между каждым из родителей и ребенком; д) возможность создания ребенку условий для воспитания и развития.

Очевидно, даже при отсутствии прямой отсылки, что речь идет об интерпретации абз. 2 п. 2 ст. 65 СК РФ. Прямое текстуальное отличие незначительно: там, где в норме права речь идет о привязанности к братьям и сестрам, ВС РФ добавил также «других членов семьи» (что, очевидно, может считаться расширительным толкованием, на наш взгляд, оправданным). Однако принципиальное изменение касается перечисления критериев определения места жительства: на первое место ВС РФ поставил не привязанности ребенка, а его *возраст*, не истолковав, а прямо изменив нормы закона. В судебной правоприменительной практике (да и не в судебной тоже, имея в виду установки органов опеки и попечительства) это означает преимущества матери в спорах о детях, хотя напрямую ВС РФ такого пояснения не давал, да и не мог дать: слишком очевидно оно противоречило бы и нормам права, в том числе конституционным.

При этом ВС РФ не дал прямого пояснения не только порядка применения данного критерия, но и его содержания (до скольких лет возраст ребенка должен учитываться для определения места жительства). Как мы уже отметили, в практике суды применяют понятие «малолетние» из ГК РФ (ст. 28), т.е. не достигшие 14-летнего возраста. Это не соответствуют понятию семейной дееспособности как отличающейся от гражданско-правовой, несмотря на частичное совпадение возрастных критериев (в семейном праве основные этапы — 10, 14, 16, 18 лет, в гражданском — 6, 14, 18).

Как мы видим, в последнем случае Верховный Суд использует скорее намеки, поскольку не может дать напрямую установку, явно противоречащую

²⁵ Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Інформаційний лист від 17.08.2017. № 9-1580/0/4-17 // Ліга: закон. Available at: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VRR00231.html (дата обращения: 29.09.2019)

закону. Судебный корпус — сообщество в значительной мере закрытое, поэтому можно предположить, что какие-то установки даются и напрямую, при этом соответствующие источники остаются недоступными не принадлежащим к сообществу. Но в любом случае язык намеков вполне понимаем и воспринимаем теми, кто принимает решения в российском государственном аппарате. В этом отношении ВС РФ последователен.

Так, в указанном Обзоре ВС РФ 2011 г. Верховный Суд, констатируя, что хотя есть тенденция к увеличению числа дел, по которым решения выносятся в пользу отцов, отмечает, что «судебная практика рассмотрения данных споров свидетельствует о том, что в большинстве случаев место жительства детей определяется с их матерью», при этом воздерживаясь от оценки этого обстоятельства. Не может не бросаться в глаза, что в большинстве приводимых примеров ВС РФ отменил исходные судебные постановления, которые были в пользу отцов, напротив, оставив в силе решения, где отцам отказано. В том же Обзоре ВС РФ приводятся примеры недопустимости руководствоваться уровнем материальной обеспеченности: «правильным» признан отказ Кежемского районного суда Красноярского края в иске отцу (при том, что мать не только не имела источника дохода, но и проживала в неблагоустроенной квартире); напротив, «неправильными» признаны решения Нефтекамского городского суда и Ленинского районного суда Ставрополя, которыми место жительства было определено с отцом (отменены вышестоящими судами). Мы привели здесь все дела, использованные для иллюстрации указанного положения.

Можно еще привести примеры для подтверждения данного тезиса, но все же основными рычагами воздействия являются указанные принцип 6 Декларации прав ребенка (в его очень спорном толковании) и изменение ВС РФ нормы абз. 2 п. 2 ст. 65 СК РФ. Обе эти правовые позиции подлежат изменению.

Разумеется, существуют и объективные проблемы, например, влияние на ребенка родителя, с которым ребенок проживал непосредственно перед рассмотрением спора. Кроме возможности посредством экспертизы выявить такое влияние на мнение ребенка, заслуживает внимания предложение (сформулированное на основе опыта европейских государств) управомоченного по правам ребенка в Москве А. Голованя о передаче ребенка на период спор третьему лицу, который обеспечил бы общение с обоими родителями [Кузнецова О.В., 2015: 91].

3. Ограничение прав при определении порядка общения с отдельно проживающим родителем

Поскольку ситуация с судебной практикой по вопросу об определении места жительства ребенка общеизвестна, многие отцы отказываются от

борьбы за ребенка посредством такого иска или сразу признают иск, заявленной бывшей супругой. Попадают также дела, где отец в ситуации, когда мать ребенка препятствует его общению с ребенком, требует определения места жительства ребенка с матерью и определения общения с ним²⁶ (несмотря на наличие нормы п. 3 ст. 66 СК, казалось бы, предоставляющей в этом случае отдельно проживающему родителю возможность изменить место жительства ребенка; очевидно, истец не надеялся на ее эффективное применение). Заметим, что в указанном деле суд удовлетворил иск очень частично, определив общение еженедельно по воскресеньям плюс по средам «в дни каникул».

Итак, поскольку фактически ребенок остается с отцом только в исключительных случаях (примерно в каждом десятом случае неполной семьи), проблемы определения порядка общения с отдельно проживающим родителем касаются именно отцов. Такие проблемы возникают на двух стадиях: судебного разбирательства и исполнения решения суда.

Начнем с первой категории. Предметом доказывания со стороны отдельно проживающего родителя теоретически должно быть соответствие предлагаемого графика общения с ребенком интересам последнего. Родитель, требующий установления такого порядка, не должен доказывать самого права: оно вытекает из установленного факта происхождения ребенка. В то же время в правоприменительной практике суды нередко обязывают отдельно проживающего родителя доказывать свое право на общение с ребенком, в частности, посредством обследования органами опеки и попечительства условий жизни и такого родителя.

Очевидно, в этом случае суды руководствуются абз. 4 п. 8 Постановления ВС РФ 1998 г., в соответствии с которым «в исключительных случаях, когда общение ребенка с отдельно проживающим родителем может нанести вред ребенку, суд, исходя из п. 1 ст. 65 СК РФ, не допускающего осуществление родительских прав в ущерб физическому и психическому здоровью детей и их нравственному развитию, вправе отказать этому родителю в удовлетворении иска об определении порядка его участия в воспитании ребенка».

«В исключительных случаях» подразумевает выявление особых обстоятельств, а не обязательную проверку (назовем вещи своими именами — унизительную) отдельно проживающего родителя, которая вошла в практику судов общей юрисдикции. Но очень спорна даже относительно осторожная формулировка, которую дал Верховный Суд.

Дело в том, что процитированный пункт завершается указанием: «Родители, осуществляющие родительские права в ущерб правам и интересам де-

²⁶ Решение Ленинского районного суда Воронежа от 22.11.2018 по делу N 2-3759/18. Available at: URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 29.09.2019)

тей, несут ответственность в установленном законом порядке». Как известно, СК РФ устанавливает только три вида такой ответственности (лишение родительских прав, их ограничение и внесудебное отобрание ребенка — ст. 69, 73, 77). Ответственности в форме ограничения контактов с ребенком отдельного проживающим родителем законом не установлено (в частности, ничего об этом не говорит ст. 66 СК РФ, специально посвященная данным отношениям). Тем самым ВС РФ установил новую норму права в сфере, где возможно только буквальное или ограничительное толкование (поскольку ограничения абсолютных прав являются исключениями из общего правила).

Эта незаконная правовая позиция является и несправедливой. Отдельно проживающий родитель и так вместо полноценного воспитания ребенка получает его суррогат в виде общения несколько часов в неделю. И для получения этой ничтожной подачи он должен доказывать в суде, что не является маргиналом.

Считаем, что вышеуказанная правовая позиция должна быть изменена. Пока отдельно проживающий родитель не лишен родительских прав и не ограничен в них, его право на общение с ребенком не может быть предметом рассмотрения.

Другой проблемой является удовлетворение требований отдельно проживающих родителей (как правило — отцов) в крайне усеченном виде. Показательно решения, со ссылки на которое начинается данный раздел этой статьи — отец стремился общаться два раза в неделю, фактически получил возможность общаться один раз (во внеканикулярное время, т.е. большую часть года — только по воскресеньям). Основанием послужила ссылка суда на занятость ребенка в секциях, но понятно, что загрузка ребенка в системе дополнительного образования, как и его режим дня, ссылки на который также часто встречается в решениях, частично отказывающих в установлении графика общения, практически формируются родителем, с которым ребенок проживает.

Полагаем, правоприменитель должен исходить из того, что порядок общения в этом случае является вынужденно ослабленным (суррогатным) по отношению к праву отцовства, которое является абсолютным и равным правам родителя, с которым проживает ребенок.

В судебной практике мы нередко сталкиваемся с «ограничением ограничения», к которому, видимо, подталкивают разъяснения ВС РФ. Так в абз. 3 п. 8 Постановления ВС РФ 1998 г. критерии, которыми должен руководствоваться суд при определении порядка общения родителя с ребенком перечислены следующим образом: «возраст ребенка, состояние его здоровья, привязанность к каждому из родителей и другие обстоятельства, способные оказать воздействие на физическое и психическое здоровье ребенка, на его

нравственное развитие». Как мы видим, и здесь пресловутый возраст ребенка поставлен на первое место (но в отличие от предыдущей ситуации, где обозначались критерии определения места жительства ребенка — п. 5 того же Постановления, здесь ВС РФ не изменил норму, а ввел совершенно новую).

В 2018 г. в Государственную Думу депутатами от одной из фракций (в дальнейшем три из четырех просили снять их фамилии, а четвертый прекратил своих полномочия) вносился законопроект № 604443-7²⁷, который предусматривал как установление различных форм общения (в том числе с применением цифровых технологий), так и минимум личного общения с отдельно проживающим родителем в размере 3 часов в неделю (посредством дополнения абз. 1 п. 1 ст. 66 СК РФ). В пояснительной записке указывалось, что нормативное положение о равенстве прав родителей фактически не обеспечивается отдельно проживающему родителю, и нередко ребенок является «разменной монетой», способом давления на второго родителя, которым в основном становится отец». В отзыве Правительства Российской Федерации указывалось, что пояснительная записка не содержит обоснования необходимости установить порог минимальной продолжительности общения с ребенком и не учитывает обстоятельств, при которых общение родителя с ребенком посредством встреч невозможно по объективным причинам.

Профильный комитет (глава — Т.В. Плетнева) счел, что установление минимального времени личного общения может нарушить права и законные интересы ребенка (!), сославшись на пресловутый п. 8 Постановления ВС РФ 1998 г. Комитет указал, что регламентация времени общения «не может носить единого характера» (тем самым подменив содержание предложения, где речь шла не о единой модели, а о минимальном объеме); кроме того ребенок может быть малолетним «или по объективным причинам не может находиться с родителем в установленное законом время». Соответственно комитет рекомендовал законопроект к отклонению, что и было сделано 04.04.2019. Показательно, что большинство отзывов субъектов Федерации на законопроект были положительными (55 из 65), но Верховный Суд законопроект не поддержал.

Следующий системно ошибочный подход при рассмотрении дел данной категории проявлен, например, в Обзоре ВС РФ 2011 г. в разделе «Рассмотрение судами дел об осуществлении родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка». Иллюстрируя правильное применение закона, ВС РФ привел решение Калужского районного суда, который удовлетворил требования истца на иных условиях, в частности, определив, что общение с ре-

²⁷ Проект федерального закона № 604443-7 «О внесении изменений в статью 66 Семейного кодекса Российской Федерации», внесенный депутатами Государственной Думы В.В. Сысоевым, В.В. Кулиевой, А.Б. Курдюмовым, И.К. Сухаревым. Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/604443-7> (дата обращения: 29.09.2019)

бенком должно происходить «в присутствии матери» ребенка. Такой подход очевидно противоречит принципу равенства родительских прав, деформирует абсолютное право отцовства, придавая ему характер права относительного.

Понятно, что если отец длительное время не общался с малолетним ребенком (в указанном деле ребенку было 4 года), то контакт с ребенком мгновенно установлен быть не может. В этой ситуации целесообразно предложить лицу, с которым ребенок проживает, оказать содействие отдельно проживающему родителю в установлении коммуникации (при том, что последний вправе воспользоваться и помощью иных лиц: работников образовательных учреждений, педагогов, детских психологов). Но между содействием и обязательным участием имеется существенная разница.

К указанной проблеме примыкает распространенная ситуация, когда суды обуславливают в резолютивной части решения общение с отдельно проживающим родителем «мнением ребенка». Как отмечается в связи с этим, родитель, с которым проживает ребенок, «сделает все возможное для того, чтобы путем психологического воздействия заставить ребенка транслировать на стадии исполнительного производства навязанное ему родителем мнение о нежелании общаться с другим родителем» [Максимович Л.Б., 2018: 5]. Сформулировано полемический заостренно, но факт, что такое поведение встречается в значимом числе случаев.

Здесь мы переходим к самой серьезной проблеме: неисполнение родителем, с которым проживает ребенок, решения об определении порядка общения с отдельно проживающим родителем, что не только нарушает, а фактически полностью лишает возможностей осуществления последним своих прав. Позволим себе, обозначив это проблему, обойтись без ссылок: она является общепризнанной.

При этом п. 3 ст. 66 СК РФ содержит бланкетную норму о применении к виновному родителю в этом случае мер, предусмотренных законодательством об административных правонарушениях и законодательством об исполнительном производстве.

Административная ответственность предусмотрена ст. 5.35 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях²⁸, часть 2 которой содержит составы: нарушение прав и интересов несовершеннолетних, выразившееся в лишении их права на общение с родителями; неисполнение судебного решения о порядке осуществления родительских прав. Начнем с того, что санкцию трудно назвать серьезной: штраф от 2000 до 3000 рублей; она несопоставима с издержками, связанными с привлечением лица к административной ответственности. Правда, повторное совершение предполагает уже более серьезную санкцию (от 4000 до 5000 рублей или административ-

²⁸ СЗ РФ. 2002. N 1. Ст. 1.

ный арест до пяти суток), при этом ограничительное условие («в течение года») было относительно недавно исключено²⁹.

Но, как отмечается в отчете «О работе Федеральной службы судебных приставов по защите прав несовершеннолетних детей»: «Основные трудности, возникающие при исполнении указанных судебных решений, обусловлены эмоционально-психологическим характером производимых исполнительных действий, в частности, нежеланием самого ребенка общаться с другим родителем, чинением препятствий со стороны должника, в том числе и путем сокрытия ребенка»³⁰. По существу, здесь приставы если не расписываются в своей бессилии, то приводят «объективные» причины неисполнения решений по данной категории дел. Интересно, что в приложениях к методическим материалам для приставов-исполнителей по указанной статье приводится пример протокола по другому, более очевидному составу (несанкционированное изменение места жительства ребенка)³¹.

Приставов можно понять: если мы посмотрим судебные постановления Верховного Суда по данной статье, используя, например, подборку материалов справочно-правовой системы «КонсультантПлюс»; то не увидим ни одного, содержащего привлечение к административной ответственности. Показательно, например, дело со следующими обстоятельствами. Постановлением соответствующей комиссии по делам несовершеннолетних, подтвержденным судами вплоть до суда субъекта Федерации, мать ребенка была привлечена к административной ответственности по указанной статье с назначением минимального наказания (штрафа в 2 000 рублей) за отказ предоставить отцу возможность общения с ребенком (который был установлен судом раз в неделю, по субботам с 9:00 до 19:00). Заявительница ссылалась на то, что сам ребенок не хочет общаться с отцом. ВС РФ указал, что эти доводы, которые могут свидетельствовать об отсутствии вины (т.е. субъективной стороны правонарушения), должным образом не проверены; основываясь на толковании неустранимых сомнений в пользу привлекаемого к ответственности лица, ВС РФ судебные постановления отменил и производство по делу прекратил³².

²⁹ Федеральный закон от 23.07.2013 N 196-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и статью 28 Федерального закона «О безопасности дорожного движения». Российская газета. 2013. № 6137 (161).

³⁰ Available at: URL: <http://fssprus.ru/pressreleases/document21427898> (дата обращения: 29.09.2019)

³¹ «Методические рекомендации о порядке применения частей 2 и 3 статьи 5.35 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (утв. ФССП РФ 29.09.2011 N 04-15) // Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2011. № 11.

³² Постановление Верховного Суда РФ от 06.04.2017 N 12-АД17-4 «Об отмене актов о привлечении к ответственности, предусмотренной ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ, за лишение несовершеннолетнего права на общение с отцом» // СПС КонсультантПлюс.

Не утверждая что-либо применительно к данному делу, обстоятельства которого автору детально не могут быть известны, констатируем факт распространённого «ноу-хау», используемого в таких ситуациях недобросовестными матерями. Оно заключается в том, чтобы настроить ребенка против отдельно проживающего родителя, что становится препятствием (очень часто непреодолимым) и для принудительного исполнения решения о порядке общения, и для привлечения к ответственности за нарушение такого порядка.

Полагаем, нет необходимости обосновывать, что такие действия не только прямо нарушают права как отдельно проживающего родителя, так и ребенка, но еще и крайне неблагоприятно сказываются на психическом развитии последнего. Решение здесь может быть только одно: неукоснительное исполнение решений о порядке общения и привлечение лиц, с которым проживает ребенок, к ответственности за неисполнение.

Крайне шаткую судебную перспективу обычно имеет и такая мера, как постановление судебного пристава исполнителя о взыскании исполнительского сбора³³.

Кроме административной ответственности, в п. 3 ст. 66 СК РФ установлена и мера ответственности, которую следует считать собственно семейно-правовой: при злостном невыполнении решения суда возможна передача ребенка (с учетом его мнения и интересов) отдельно проживающему родителю по его требованию. Нам не удалось найти ни одного дела, где эта норма была бы реализована, суды ограничиваются ее разъяснением. Понятие «злостность» позволяет, например, отклонять требования, когда единичные встречи ребенка с отцом все же имели место³⁴.

Обязанность разъяснения предусмотрена в п. 4, 8 Постановления ВС РФ 1998 г. Цель понятна — психологически воздействовать на поведение должника, но очевидно, что без хотя бы теоретической возможности применения эта превентивная мера работать не будет. Как минимум — пока хотя бы одно такое дело с исключительными обстоятельствами не попадет в Обзорное постановление Верховного Суда. Пока же, как указывается в Обзоре ВС РФ 2011 г., эта обязанность, действенность которой близка к нулю, далеко не всегда исполняется судами.

В практике нижестоящих судов все еще хуже. Например, когда отдельно проживающий отец сослался на препятствие со стороны матери как осно-

³³ См., напр.: Апелляционное определение Кемеровского областного суда от 22.11.2017 по делу N 33А-12726/2017 // СПС КонсультантПлюс; Определение Московского городского суда от 15.09.2010 N 4г/5-7910\10 // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Определение Московского городского суда от 15.09.2010 N 4г/5-7910\10 // СПС КонсультантПлюс.

вание изменения (конкретизации) графика общения, суд не нашел оснований установить график общения на условиях истца: «Общение родителей с ребенком не может быть урегулировано до включения в судебное решение почасового распорядка общения с указанием конкретных мест отдыха <...> Судебным решением определяется общее направление, в котором родители должны взаимодействовать для того, чтобы обеспечивать право ребенка на общение с обоими родителями. При этом родители, являясь дееспособными, здравомыслящими, должны самостоятельно решить, какие места отдыха, время отдыха будут наилучшим образом соответствовать интересам и потребностям их ребенка. Вопросы, связанные с избираемой родителями методикой воспитания, определения круга интересов ребенка и другие личные, семейные аспекты находятся за рамками судебной регламентации отношений»³⁵. В ситуации, когда суд достоверно установил из доказательств факт воспрепятствования со стороны другого родителя (в судебном акте этот факт подчеркнут), такой подход противоречит и нормам закона, и принципу исполнимости судебного решения, и здравому смыслу. Чтобы замаскировать это противоречие, суд не слишком элегантно притянул «методику воспитания» и другие «семейные аспекты». И, конечно, в очередной раз были разъяснены возможные последствия ...

В другом деле с подобным же требованием о конкретизации порядка общения при неисполнении предыдущего решения матерью, с которой проживал ребенок, суд сослался и на то, что «условия жизни родителей не изменились, их состояние здоровья и материальное благосостояние не ухудшились»³⁶ и, опять же, предупредил о содержании ст. 66 СК РФ.

Полагаем, что эта практика подлежит корректировке.

Указанные проблемы в доктрине осознаются, в связи с чем предлагается, в частности, ввести административную или уголовную ответственность за воспрепятствование общения ребенка с отдельно проживающим родителем [Кузнецова О.В., 2015: 93]. Однако административная ответственность предусмотрена, другой вопрос, что компетентные органы не настроены ее применять, и эта ситуация должна быть изменена посредством пристального внимания контрольных и надзорных органов к таким делам. Введение специального уголовного состава оказало бы превентивное воздействие.

Заслуживает, на наш взгляд, внимания предложение применять компенсацию морального вреда «при защите прав отдельно проживающего родителя на общение с ребенком и на получение информации о нем» [Елисева

³⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 30.03.2017 по делу N 33-10802/2017 // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ Апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 11.08.2016 по делу N 33-5743/2016 // СПС КонсультантПлюс.

А.А., 2010: 88]. СК РФ, как известно, ограничивает применение этой меры ответственности случаем недействительности брака для добросовестного супруга. В целом такой подход соразмерен: применение компенсации противоречит сущности семейных отношений, кроме этого, исходя из их характера, возникли бы серьезные проблемы с доказывание фата нарушения. Между отдельно проживающими родителями семейные отношения по факту отсутствуют, следовательно, эти ограничения не действуют.

Заключение

Разумеется, невозможно отразить в одной статье всех проблем, возникающих при реализации права отцовства.

Наряду с указанными выше отдельной проблемой можно обозначить проблему лишения родительских прав отдельно проживающего родителя, которым в большинстве случаев выступает отец, в ситуации, когда он не имел возможности общаться с ребенком из-за препятствий со стороны родителя, с которым проживал ребенок. Видимо, понимают (иногда) это и суды. Среди споров, фиксируемых базой «Судебные и нормативные акты РФ», по запросу на статью о лишении родительских прав за 2018 год почти половина инициирована матерью ребенка, но в 55% случаев истицам данной категории суды в иске отказывают, в то время, как при инициировании дела другими субъектами процент отказа значительно меньше — 26%. В литературе также отмечается, что «иск о лишении родительских прав, предъявленный одним из родителей к другому (чаще всего — отцу), на самом деле может являться формой злоупотребления правом и нарушением прав и интересов другого родителя», и предлагается лишить родителей права инициировать дела данной категории [Асланов Х. Г., 2009: 26–27].

Далеко не во всех делах суды учитывают факт воспрепятствования, исходя из того, что отдельно проживающий родитель не требовал установления порядка общения с ребенком в судебном порядке. С другой стороны, мы понимаем, что гендерные стереотипы не способствуют мужчине судиться с человеком, которого он (по меньшей мере) когда-то любил. При таких обстоятельствах с учетом интересов ребенка считаем, что норма об установлении порядка общения с отдельно проживающим родителем должна быть внесена в п. 2 ст. 24 СК РФ среди вопросов, в обязательном порядке разрешаемых при расторжении брака.

Есть проблемы и с регулированием алиментов на ребенка. Не говоря о том, что порядок определения их размера, установленный в советский период, не соответствует нынешним социально-экономическим реалиям, проблемой является нецелевое их использование. Показательно, что при

рассмотрении в Государственной Думе законопроекта, которым предусматривалось отчетность за использование алиментов на ребенка со стороны номинального получателя³⁷, заместитель председателя профильного комитета при прямом признании фактов траты алиментов матерью ребенка на себя, пытался найти этому моральное оправдание³⁸. При том, что нет сомнений, что такие действия незаконны, нарушают права и интересы как плательщика алиментов (помимо всего прочего, мягко говоря, не мотивируя его исполнять денежные обязательства), так и самого ребенка. Для решения проблемы можно как вернуться к вопросу обязанности отчетности (что полностью соответствует существу отношений, так как получателю алименты в этом случае не принадлежат), так и использовать более гибкий порядок уплаты алиментов на ребенка, в счет которых обязывать плательщика нести определенные расходы напрямую, минуя процессуального истца.

Но, конечно, ключевые вопросы здесь связаны с проблемами осуществлением прав пострадвшего отцовства. Это не только драма миллионов мужчин и пробелы в воспитании миллионов детей. Решение этих проблем будет иметь мультипликационный эффект в смысле положительного воздействия и на иные отношения, в частности, решит проблемы и многих женщин. Понятно, что если ребенок не видел значимого участия отца в своем воспитании, то эту установку он перенесет, когда вырастет, на воспитание и содержание собственного ребенка. Но даже в ближайшей перспективе более активное участие отцов в пострадвшем воспитании ребенка снизит соответствующую нагрузку на женщину, которая, по всем исследованиям, оставаясь одна с детьми, испытывает повышенные нагрузки и вследствие этого — снижение уровня удовлетворенностью жизнью.

Много говорится и о роли отца в социализации детей обоего пола, но для того, чтобы сыграть свою роль, отцы должны иметь соответствующие возможности.

Пока же «концептуальные основы семейной политики России» не учитывают «проблем мужчин-отцов» [Шахова Е.С., 2016: 27]. Проводя гендерный анализ современной семейной политики, другой автор, отмечая, что в ее повестку дня не входит преодоление различных форм дискриминации как мужчин, так и женщин, оттеняет: «В риторике современных официальных документов, как и в советский период, главное внимание уделяется

³⁷ Проект федерального закона № 307014-4 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации». Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/307014-4> (дата обращения: 29.09.2019)

³⁸ Стенограммы обсуждения законопроекта № 307014-4 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации» по вопросу об использовании алиментов (заседание № 204 12.01.2007). Available at: URL: <http://api.duma.gov.ru/api/transcript/307014-4> (дата обращения: 29.09.2019)

женщинам-матерям и детям, тогда как роль мужчины-отца в обеспечении благополучия семьи в широком смысле слова непосредственно не проговаривается» [Чернова Ж.В., 2011: 47]. Действительно, в разделе III «Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года»³⁹ среди системы мер упоминается «реализация дополнительных образовательных программ для мужчин в целях формирования ответственного отцовства, повышения социальной роли отца». Такая постановка вопроса демонстрирует незнание авторами Концепции содержания термина: «ответственное отцовство» — объективное явление современного социума, его не надо воспитывать и образовывать. В этом смысле корректнее говорить об институциональной поддержке ответственного отцовства, среди форм которой называется «обязательная совместная опека над ребенком после развода родителей» [Чернова Ж.В., 2011: 48]. Конечно, термин, скалькированный с аналогичного зарубежного института, вряд ли точен, в нашем праве корректнее говорить о определении места жительства ребенка на паритетной основе. Кроме того, сомнительно установление такого механизма в качестве обязательного (очевидна невозможность, если родители живут в разных городах), в качестве единственного он не применяется нигде в мире. Но такой механизм должен сегодня рассматриваться в качестве основного, в то время как в настоящее время правоприменитель (как и законодатель) не рассматривает такую возможность в принципе. Считаем, что имплементация (соразмерно нашей системе права) должна быть поставлена в число ближайших задач.

К задачам, требующим незамедлительного решения, относятся вышеуказанное преодоление дискриминационной правоприменительной (прежде всего судебной) практики при определении места жительства ребенка, а также его порядка общения с отдельно проживающим родителем, неукоснительное исполнение таких решение и привлечение к ответственности за неисполнение с расширением мер такой ответственности.



Библиография

Асланов Х. Г. Обеспечение интересов отца в родительских правоотношениях по семейному законодательству Российской Федерации: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2009. 28 с.

Бархатова Е.Ю. Комментарий к Конституции Российской Федерации: с учетом изменений, внесенных в Конституцию РФ Федеральными конституционными законами N 7-ФКЗ, 2-ФКЗ, 11-ФКЗ. М.: Проспект, 2015. 268 с.

³⁹ Утверждено Распоряжением Правительства Российской Федерации от 25.08.2014 № 1618-п // Российская газета. 29.08.2014.

Белясов С.Н. Конституционно-правовое закрепление отцовства // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2016. N 2. С. 68–71.

Борисов А.Б. Комментарий к Конституции Российской Федерации: (постатейный): с комментариями Конституционного суда РФ. М.: Книжный мир, 2012. 271 с.

Даниленков А.А. Возрастной ценз ребенка как один из способов ограничения прав отцов в РФ // Семейное и жилищное право. 2013 N 2. С. 10–15.

Деревянко П.А. Конституционно-правовой институт отцовства в Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. Белгород, 2012. 22 с.

Елисеева А.А. О совершенствовании семейного законодательства в области правового регулирования личных неимущественных отношений // Журнал российского права. 2010. N 3. С. 87–88.

Иссерс О.С. «Право быть отцом»: лингвокогнитивный анализ стереотипов российского общества о правах и обязанностях отцов // Вопросы когнитивной лингвистики. 2017. N 3. С. 37–50.

Зорькин В.Д. (ред.) Комментарий к Конституции Российской Федерации. М.: Норма, 2012. 1007 с.

Королев С.В. О причинах кризиса института отцовства в России и его влияние на ценностные установки // Гражданское общество в России: состояние, тенденции, перспективы. 2015. N 1. С. 20–23.

Кузнецова О.В. Защита прав отцов по семейному законодательству // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2015. N 17. С. 89–94.

Максимович Л.Б. Право ребенка выражать свое мнение: содержание и границы // Семейное и жилищное право. 2018. N 6. С. 4–6.

Новоселов В.М. Проблемы института отцовства в России // Теория и практика общественного развития. 2013. N 7. С. 45–47.

Орлова Н.Х. Ограничение прав отцов в постразводной ситуации // Парадигма: философско-культурологический альманах. 2017. N 26. С. 93–104.

Пробина С.С. Правовой статус отца по российскому законодательству // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. 2017. N 2. С. 49–54.

Садовникова Г.Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). М.: Юрайт, 2013. 201 с.

Синельников А.Б. Супружество, отцовство, материнство в российском обществе // Социологический журнал. 2015. N 4. С. 132–148.

Смоленский М.Б. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). Ростов-на-Дону: Феникс, 2012. 311 с.

Торосян Р.А. Равенство полов в сфере семейных правоотношений // Известия Саратовского университета. Экономика. Управление. Право. 2018. N3. С. 349–356.

Чернова Ж.В. Семейная политика современной России: гендерный анализ и оценка эффективности // Женщина в российском обществе. 2011. N 3. С. 44–51.

Шахова Е.С. К вопросу о реформировании частноправовых и публичных начал защиты и охраны родительства и детства // Семейное и жилищное право. 2016. N 4. С. 25–29.

Шевченко И.О. Институт отцовства: актуальные проблемы в поле социологических исследований // Вестник РГГУ. Серия: Философия. Социология. Искусствоведение. 2010. N 3. С. 278–286.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

Problems of Implementing Rights of Fatherhood in Modern Russia



Sergey Zykov

Researcher, Institute of Philosophy and Law, Siberian branch, Russian Academy of Sciences. Address: 8 Nikolaeva Street, Novosibirsk 630090, Russian Federation. E-mail: Zykovsv@yandex.ru



Abstract

The subject of this study is the legal institution of paternity in the system of law of the Russian Federation. The aim is to identify the main problems of the exercise of paternity rights using modeling methods, as well as historical, formal legal, systemic, statistical methods. The problem field of this legal institution begins already with the Constitution of the Russian Federation, which provides it (in the family law field) with an extremely limited base, and this limitation is not currently filled in by the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation. The key in this area, taking into account the proportion of divorced marriages, is the possibility of post-divorce education by the fathers of their children. Discriminatory (to the fathers) judicial practice on determining the child's place of residence is supported, first of all, due to the illegal application by the Supreme Court of the Russian Federation of Principle 6 of the Declaration of rights of the child; his amendment of the rule of law establishing a hierarchy of criteria to be taken into account in cases of this category; as well as through the selection of court cases of a certain orientation. At the same time, with regard to the separately living parent, who, instead of raising a child, can only claim the surrogate right to communicate with him, court practice introduces the obligation to prove that such communication will not harm the child. Thus, the courts actually introduce in addition to the three established new, non-statutory form of parental responsibility, which, of course, is a violation of the law. In addition, the courts significantly limit the time of communication with the child, referring to circumstances that depend solely on the actions of the other parent living with the child, thereby giving him the possibility of abuse. The decisions of the courts on establishing a schedule of communication contribute to the same (the possibility of abuse), making it dependent upon the participation of the parent with whom the child lives (usually mothers) or on the desire of the child himself, which may be affected considerably by the parent with whom he lives. All of the above approaches are enshrined in the positions of the Supreme Court, and should be replaced by legal ones complying in the norms and principles of law. At the same time, one should consider the possibility of applying as a general rule in resolving disputes between parents about the child's place of residence the mechanism of his living on an equal footing (the so-called "joint custody").



Keywords

fatherhood; motherhood; gender equality; divorce; joint custody; child-parent relationship; responsible fatherhood; rights of fathers.

For citation: Zykov S.V. (2020) Problems of Implementing Rights of Fatherhood in Modern Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 44–71 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.44.71



References

- Aslanov H. G. (2009). Ensuring the interests of the father in parental relations under the family law of the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Barhatova E.Yu. (2015) Commentary on the Constitution of the Russian Federation: subject to amendments to the Constitution of the Russian Federation by Federal Constitutional Laws 7-FKZ, 2-FKZ, 11-FKZ. Moscow: Prospekt, 268 p. (in Russian)
- Belyasov S.N. (2016) Constitutional legal consolidation of paternity. *Uchenye trudy Rossijskij akademii advokatury i notariata*, no 2, pp. 68–71 (in Russian)
- Borisov A. B. (2012) Commentary on the Constitution of the Russian Federation: (itemized). Moscow: Knizhny mir, 271 p. (in Russian)
- Chernova Zh.V. (2011) Family policy of modern Russia: gender analysis and effectiveness assessment. *Zhenshchina v rossijskom obshchestve*, no 3, pp. 44–51 (in Russian)
- Danilenkov A.A. (2013) Age qualification of a child as one of the ways to limit the rights of fathers in the Russian Federation. *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 2, pp.10–15 (in Russian)
- Derevyanko P.A. (2012) Constitutional Law Institute of Paternity in the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Belgorod, 22 p. (in Russian)
- Eliseeva A.A. (2010) On improving family law in the field of legal regulation of personal non-property relations. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 3, pp. 87–88 (in Russian)
- Issers O.S. (2017) “The right to be a father”: a linguistic-cognitive analysis of the stereotypes of Russian society about the rights and obligations of fathers. *Voprosy kognitivnoj lingvistiki*, no 3, pp. 37–50 (in Russian)
- Korolev S.V. (2015) On the causes of the crisis of the institution of fatherhood in Russia and its impact on value attitudes. *Grazhdanskoe obshchestvo v Rossii: sostoyanie, tendencii, perspektivy*, no 1(4), pp. 20–23 (in Russian)
- Kuznetcova O.V. (2015) Protection of the rights of fathers under family law. *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo*, no 17, pp. 89–94 (in Russian)
- Maksimovich L.B. (2018) The right of the child to express his opinion: content and boundaries. *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 6, pp. 4–6 (in Russian)
- Novoselov V.M. (2013) Problems of the institution of fatherhood in Russia. *Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya*, no 7, pp. 45–47 (in Russian)
- Orlova N.H. (2017) Restriction of rights of fathers from a post-divorce situation. *Paradigma: filosofsko-kul'turologicheskij al'manah*, no 26, pp. 93–104 (in Russian)
- Probina S.S. (2017) Legal status of a father under Russian law. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenij. Povolzhskij region. Obshchestvennye nauki*, no 2, pp. 49–54 (in Russian)
- Sadovnikova G.D. (2013) *Commentary on the Constitution of the Russian Federation (itemized)*. Moscow: Yurayt, 201 p. (in Russian)
- Sinel'nikov A.B. (2015) Matrimony, fatherhood, motherhood in Russian society. *Sociologicheskij zhurnal*, no 4, pp.132–148 (in Russian)
- Smolenskiy M.B. (2012) Commentary on the Constitution of the Russian Federation (itemized). Rostov-na-Donu: Feniks, 311 p. (in Russian)
- Shahova E.S. (2016) On the issue of reforming private and public principles for the protection and protection of parenthood and childhood. *Semejnoe i zhilishchnoe pravo*, no 4, pp. 25–29 (in Russian)

Shevchenko I.O. (2010) Institute of Paternity: Issues in the Field of Sociological Research. *Vestnik Rossijskogo gosudarstvennogo gumanitarnogo universiteta. Filosofiya. Sociologiya. Iskusstvovedenie*, no 3, pp. 278–286 (in Russian)

Torosyan R.A. (2018) Gender equality in family relations. *Izvestiya Saratovskogo universiteta. Seriya: Ekonomika. Upravlenie. Pravo*, no 3, pp. 349–356 (in Russian)

Zorkin V.D. (2012) *Commentary on the Constitution of the Russian Federation*. Moscow: Norma, 1007 p. (in Russian)

Основные направления противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

 **И.П. Можяева**

Главный научный сотрудник, отдел проблем отраслевого управления научно-исследовательского центра Академии управления МВД России, доктор юридических наук. Адрес: 125171, Российская Федерация, Москва, ул. З. и А. Космодемьянских, 8. E-mail: mirina-crim@yandex.ru

Аннотация

Культурная политика является важным компонентом укрепления страны, национальной идентичности и обеспечения национальной безопасности. Охрана культурных ценностей от преступных посягательств — одна из важных правоохранительных функций государства. В статье рассматриваются вопросы повышения эффективности основных направлений противодействия преступным посягательствам на культурные ценности. Анализ эмпирической базы позволил обобщить современное состояние, положительный опыт в сфере противодействия преступным посягательствам на данные ценности. Предмет исследования — закономерности организационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности. Целью исследования является совершенствование деятельности правоохранительных органов по противодействию преступным посягательствам на указанные ценности. На основе изучения закономерностей организационного обеспечения такой деятельности выявлены и проанализированы типичные проблемы: правовые, организационно-управленческие, организационно-криминалистические и иные возникающие в процессе противодействия преступным посягательствам на культурные ценности. Разрешение вышеуказанных проблем деятельности возможно путем ее оптимизации. Оптимизация такой деятельности как управляемый процесс состоит из взаимосвязанных элементов и обусловлена совокупностью внешних и внутренних факторов. В целях оптимизации противодействия преступным посягательствам на культурные ценности необходимо основываться на инновационном междисциплинарном подходе и сосредоточении усилий на разрешении типичных проблем на следующих значимых направлениях: оптимизация механизма правового регулирования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; информационное обеспечение противодействия; организация международного сотрудничества в сфере данного противодействия; оптимизация межведомственного взаимодействия и профилактической деятельности. Сформированная в статье система уголовно-правовых, организационно-управленческих и организационно-криминалистических положений направлена на выявление и принятие мер к устранению наиболее типичных проблем, ошибок в организации противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, минимизации их последствий и, как следствие, — обеспечение эффективности противодействия. Авто-

ром предложен комплекс мер, направленных на оптимизацию основных направлений противодействия преступным посягательствам на культурные ценности.



Ключевые слова

культурные ценности, противодействие, преступные посягательства, оптимизация, международное сотрудничество, правоохранительные органы, организованная преступность.

Благодарности: статья подготовлена с использованием данных справочно-поисковой системы «Консультант Плюс».

Для цитирования: Можаяева И. П. Основные направления противодействия преступным посягательствам на культурные ценности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 72–89.

УДК:343

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.72.89

Введение. Постановка проблемы

Культура как один из факторов социально-экономического развития России обеспечивает сохранение огромного потенциала российской нации. Впервые задача разработки и реализации государственной культурной политики, направленной на формирование гармонично развитой личности и укрепление единства российского общества посредством приоритетного культурного и гуманитарного развития¹ выдвигается на единый уровень с задачами укрепления страны, национальной идентичности и национальной безопасности.

Культурная политика провозглашается на государственном уровне неотъемлемой частью Стратегии национальной безопасности. Так, в соответствии со Стратегией национальной безопасности Российской Федерации² и Стратегией государственной культурной политики на период до 2030 года³ противоправные посягательства на объекты культуры отнесены к угрозам национальной безопасности в области культуры.

Сохранение культурного наследия [Verri P, 1985: 127–139] требует принятия первоочередных мер, связанных с противодействием преступным по-

¹ Об утверждении Основ государственной культурной политики: Указ Президента Российской Федерации от 24.12.2014 № 808 // СПС КонсультантПлюс.

² О стратегии национальной безопасности Российской Федерации: Указ Президента Российской Федерации от 31.12.2015 № 683 // СПС КонсультантПлюс.

³ Об утверждении Стратегии государственной культурной политики на период до 2030 года: распоряжение Правительства РФ от 29.02.2016 № 326-р // СЗ РФ. 2016. № 11. Ст. 1552.

сягательствам на культурные ценности: 1) информационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; 2) формирования постоянно действующей межведомственной комиссии по предупреждению незаконного вывоза культурных ценностей за пределы России; 3) издание совместного межведомственного нормативного правового акта о взаимодействии в сфере борьбы с преступными посягательствами на культурные ценности и др.

Обеспечение национальной безопасности в сфере культуры, достижение целей и решение задач Стратегии государственной культурной политики возможно только путем целенаправленного комплексного подхода, включающего: надлежащее правовое, в том числе уголовно-правовое регулирование; комплексное совершенствование системы управления; совершенствование оперативно-разыскной и криминалистической деятельности.

В связи с этим необходимо комплексное изучение проблем противодействия преступным посягательствам на культурные ценности уголовно-правовыми средствами [Клебанов Л.Р., 2014: 71–75]; [Русанов Г.А. 2008: 31–33]; рассмотрение современных тенденций организации взаимодействия при выявлении, раскрытии и расследовании преступлений, посягающих на культурные ценности; выявление и анализ типичных проблем, возникающих в процессе противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, ориентированные в дальнейшем на разработку рекомендаций, направленных на совершенствование управленческой, оперативно-разыскной и криминалистической деятельности [Приданов С.А., Щерба С.П., 2012: 100–173]; [Диканов К.А., 2007: 347–348].

Международное взаимодействие в сфере культурного наследия — эффективный способ реализации внешнеполитической доктрины России и один из факторов, обеспечивающих достойный нашей страны статус на мировой арене. Культурные связи — один из самых действенных инструментов механизма внешнеполитической деятельности. В Концепции внешней политики Российской Федерации подчеркивается, что организованная преступность носит глобальный характер и требует ответа со стороны всего международного сообщества. В списке наиболее прибыльных сфер преступной деятельности «черному рынку» произведений искусства эксперты отводят четвертое место после торговли наркотиками, оружием и отмыванием денежных средств, добытых преступным путем [Буркова Е.С., 2017: 94–95].

В настоящее время в розыске находится более 75000 единиц культурных ценностей, похищенных на территории России, основная часть которых вывезена за рубеж. В связи с этим охрана культурных ценностей от преступных посягательств — одна из важных правоохранительных функций государства.

Исследование недостатков и ошибок в организации деятельности по противодействию преступным посягательствам на культурные ценности, выяв-

ленных путем обобщенного анализа оперативно-служебной информации о деятельности правоохранительных органов за период 2012–2019 гг., а также судебно-следственной практики позволило вычлнить комплекс типичных проблем. Данный комплекс в зависимости от уровня может дифференцироваться на правовые, организационно-управленческие, организационно-криминалистические и иные типичные проблемы, возникшие в процессе противодействия преступным посягательствам на культурные ценности.

Оптимизация деятельности по противодействию преступным посягательствам на культурные ценности как сложный управляемый процесс состоит из взаимосвязанных элементов, обеспечивающих перевод процесса деятельности из начального состояния, существующего в данный момент, в новое состояние, максимально отвечающее современным условиям и потребностям. Оптимизация противодействия преступным посягательствам на культурные ценности обусловлена совокупностью факторов. Содержание внешних факторов составляют:

обусловленная современными тенденциями развития России и международными стандартами необходимость качественного совершенствования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

сложившаяся к настоящему времени потребность в оптимизации противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

необходимость обеспечения непрерывности, системности и комплексности мер противодействия преступлениям указанной направленности.

Внутренние факторы непосредственно связаны: во-первых, с современным состоянием, структурой и динамикой трансграничной организованной преступности, к числу которой относятся преступные посягательства на культурные ценности; во-вторых, с потребностями межгосударственной правоприменительной практики.

Оптимизация сил и средств противодействия преступным посягательствам на культурные ценности должна основываться на инновационном междисциплинарном подходе и сосредоточенности на совершенствовании уголовного правосудия в трансграничном контексте. В связи с этим актуализировалась необходимость сосредоточить усилия по решению типичных проблем на следующих значимых направлениях: 1) оптимизация механизма правового регулирования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; 2) информационное обеспечение противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; 3) организация международного сотрудничества в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; 4) оптимизация межведомственного взаимодействия в рамках противодействия преступным посягательствам на культурные ценности; 5) оптимизация профилактической деятельности в рамках противодействия преступным посягательствам на культурные ценности.

1. Оптимизация правового регулирования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

Несовершенство механизма правового регулирования противодействия трансграничной организованной преступности, в число которой входит и преступные посягательства на культурные ценности, обнаруживает глобальные проблемы. Основными проблемами правового регулирования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, являются: 1) неэффективность международно-правовых мер борьбы с посягательствами на культурные ценности; 2) отсутствие единого международного правового акта, регламентирующего ответственность за посягательства на культурные ценности; 3) пробелы и противоречия в нормативных правовых актах, регулирующих правоотношения в сфере культурных ценностей; 4) отсутствие в уголовном законе России единой системы норм, направленных на защиту культурных ценностей от преступных посягательств.

Следует отметить необходимость выработки единой концепции культурных ценностей в России; определить объект посягательств на культурные ценности; свести все перечисленные нормы в единую систему, избавившись от ненужных, дублирующих положений, унифицировав квалифицирующие признаки в сходных составах преступления [Беспалько В.Г., 2016: 3–10]; [Богуславский М.М., 2012: 11–26, 190–191]. Оптимизация механизма правового регулирования отношений, в частности в сфере охраны культурных ценностей будет способствовать приведению ряда соответствующих правовых и, в том числе уголовно-правовых норм в соответствие с ратифицированными Россией международно-правовыми актами, а также минимизации несбалансированности уголовного и позитивного законодательства [Осокин Р.Б., 2011: 343–346]; [Осокин Р.Б., 2014: 32–33].

Комплекс мер, направленных на оптимизацию механизма правового регулирования противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, включает:

имплементацию положений ратифицированных договоров в национальное законодательство, а также унификацию и гармонизацию национального законодательства государств;

совершенствование уголовно-правовых механизмов противодействия преступным посягательствам на культурные ценности путем включения в Уголовный кодекс Российской Федерации самостоятельного раздела «Преступления против культурных ценностей»⁴ [Клебанов Л.Р., 2011: 167–168];

⁴ О необходимости структурно обособить уголовно-правовые нормы, предусматривающие ответственность за посягательства на культурные ценности в самостоятельном разделе

совершенствование организационно-правовых механизмов осуществления оперативно-разыскной деятельности и ее координации, оформления и направления международных следственных поручений;

расширение сети конвенционных отношений с другими государствами путем присоединения к многосторонним документам, которые были приняты под эгидой межправительственных организаций (при условии, что данные документы открыты для присоединения третьих государств);

внедрение практики межгосударственных консультаций с рассмотрением вопросов сравнительного правоведения для достижения максимально возможной гармонизации национального законодательства;

соответствие национального законодательства стран, страдающих от чрезмерного вывоза культурных ценностей, следующим требованиям: 1) определение культурных ценностей и права собственности на культурное наследие; 2) создание системы инвентаризации; 3) контроль над тайными археологическими раскопками; 4) контроль и регламентирование торговли, наряду с прочими мерами, путем введения эффективной системы лицензирования экспорта; 5) наличие человеческих и других ресурсов в достаточном объеме для обеспечения применения законодательства, в том числе соответствующих санкций и штрафов⁵.

2. Информационное обеспечение противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

Основой этого направления оптимизации может стать эффективная государственная информационная политика — деятельность системы органов государственной власти и управления по защите национальных интересов и обеспечению информационной безопасности личности, общества и государства в информационной сфере.

Уголовного кодекса Российской Федерации «Преступления против культурных ценностей» говорится в работах ряда исследователей. Как справедливо отмечает Л.Р. Клебанов, такой раздел мог бы содержать следующие нормы, охраняющие культурные ценности: хищение культурных ценностей; неправомерное завладение культурными ценностями без цели хищения; вымогательство культурных ценностей; контрабанда культурных ценностей; невозвращение на территорию России временно вывезенных культурных ценностей, подлежащих обязательному возвращению; умышленное уничтожение или повреждение культурных ценностей; уничтожение или повреждение культурных ценностей по неосторожности; экспонирование культурных ценностей, заведомо добытых преступным путем; надругательство над культурными ценностями. [Клебанов Л.Р., 2011: 167–168].

⁵ Предотвращение незаконной торговли культурными ценностями. Справочник по выполнению Конвенции ЮНЕСКО 1970 года. М., 2002. С. 15; Нормативные акты ЮНЕСКО по охране культурного наследия (Конвенции, Протоколы, Резолюции и Рекомендации). М., 2002. 223 с.

Информационное обеспечение международного розыска культурных ценностей является одним из приоритетных направлений деятельности НЦБ Интерпола МВД России. Информационное обеспечение борьбы с посягательствами на предметы, имеющие культурную ценность, регламентирует межведомственный приказ «Об утверждении Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола»⁶. Пункт 77 Инструкции устанавливает, что в процессе расследования преступлений, связанных с хищением предметов, имеющих культурную (историческую, научную, художественную) ценность, взаимодействующие органы могут получить через НЦБ Интерпола следующую информацию: а) о культурных ценностях, находящихся в международном розыске; б) о культурных ценностях, выставляемых на зарубежные аукционы, если имеются сведения о том, что они похищены и незаконно вывезены с территории России.

При наличии сведений о вывозе за рубеж культурных ценностей, похищенных на территории России, или, при необходимости, проверки культурных ценностей, обнаруженных на территории России, на предмет их похищения в другом государстве, на каждый предмет заполняется формуляр «Хищение/обнаружение культурных ценностей», который направляется в НЦБ Интерпола⁷.

При обнаружении предметов, объявленных в международный розыск по инициативе взаимодействующих органов, в НЦБ Интерпола в обязательном порядке направляется уведомление о прекращении розыска, в котором в соответствии с пунктом 79 Инструкции указываются: а) дата, место и обстоятельства обнаружения предмета, способ его сокрытия, имеющиеся повреждения; б) полные установочные данные лиц, причастных к хищению данного предмета, наличие у них судимостей либо другой информации криминального характера; в) сведения о предъявлении обвинения либо вынесенных судебных решениях в отношении лиц, причастных к хищению.

К уведомлению прилагаются фотографии и дактилоскопические карты лиц (если имеются), причастных к хищению предмета.

При наличии достоверной информации о предполагаемой продаже за рубежом предмета, похищенного на российской территории, взаимодействующие органы направляют в НЦБ Интерпола запрос о снятии с торгов похищенного предмета. В запросе должны быть указаны: где, когда и при каких обстоятельствах похищен предмет, номер уголовного дела и наименование ор-

⁶ Приказ МВД РФ № 786, Минюста РФ № 310, ФСБ РФ № 470, ФСО РФ № 454, ФСКН РФ № 333, ФТС РФ № 971 от 06.10.2006 (ред. от 22.09.2009) // СПС КонсультантПлюс.

⁷ П. 78 Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола, утвержденной приказом МВД РФ № 786, Минюста РФ № 310, ФСБ РФ № 470, ФСО РФ № 454, ФСКН РФ № 333, ФТС РФ № 971 от 06.10.2006 (ред. от 22.09.2009) «Об утверждении Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола» // СПС КонсультантПлюс.

гана, расследующего дело. Также к запросу должна быть приложена фотография предмета либо его описание, позволяющее идентифицировать предмет.

НЦБ Интерпола в установленном МВД порядке направляет поступающие сведения о разыскиваемых в иностранных государствах–членах Интерпола предметах, имеющих культурную ценность, для постановки на централизованный учет в ГИАЦ МВД России⁸.

Информационный обмен по вопросам борьбы с незаконными посяательствами на культурные ценности с другими странами — участницами Интерпола носит постоянный характер и позитивную динамику. Так, используя возможности Интерпола, за период с 2012 по 2018 годы в Россию удалось вернуть более 250 предметов, имеющих историческую и культурную ценность (иконы XV–XIX веков «Борис и Глеб», «Богоматерь Одигитрия Смоленская», «Сошествие в ад»; архивные документы — указы Елизаветы Петровны, Екатерины II, Александра I, Николая I, Николая II; акварельные чертежи XVIII века; уникальный фарфоровый медальон с профилем Петра I, изготовленный на знаменитой мануфактуре «Веджвуд» и др.) [Тришкин А., 2018: 9–10].

В соответствии со справкой НЦБ Интерпола МВД России примером плодотворного сотрудничества является работа НЦБ Интерпола МВД России и представительства Федерального ведомства уголовной полиции Германии (БКА) по сопровождению уголовного дела, возбужденного в 2014 г. в отношении международной преступной группы, специализирующейся на подделке произведений русских художников–авангардистов и их дальнейшей продаже на территории стран Европы и США. НЦБ Интерпола МВД России НЦБ совместно с экспертами Государственной Третьяковской галереи провели работу по установлению провенанса произведений А. Явленского, серии картин Н. Гончаровой «Espagnole», а также полотна К. Малевича «В саду». Одновременно в целях визуального исследования в Государственную Третьяковскую галерею направлено более 1200 фотоизображений картин, обнаруженных и изъятых немецкими правоохранительными органами в ходе обысков у лидеров организованных преступных сообществ. На основании фотоизображений эксперты Государственной Третьяковской галереи предположили, что изъятые полотна имеют признаки подделки. Кроме этого, отделом НЦБ Интерпола МВД России была организована и проведена рабочая встреча представителей НЦБ, Государственной Третьяковской галереи и представителей БКА при посольстве Германии, в ходе которой были обсуждены вопросы по организации выезда экспертов-искусствоведов в Германию в целях исследования изъятых картин на предмет их подлинности.

⁸ П. 79,80 Инструкции, утвержденной приказом МВД РФ № 786, Минюста РФ № 310, ФСБ РФ № 470, ФСО РФ № 454, ФСКН РФ № 333, ФТС РФ № 971 от 06.10.2006 (ред. от 22.09.2009) «Об утверждении Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола» // СПС КонсультантПлюс.

В рамках дела представители МВД России приняли участие в следственных действиях, в результате при координации представителя НЦБ Интерпола МВД России экспертами Государственной Третьяковской галереи было проведено художественно-технологическое исследование более 90 полотен, в ходе которого установлено, что все исследуемые картины являются высококачественными подделками. Заключение российских экспертов использовано в судебных слушаниях по указанному делу⁹.

Таким образом, важной задачей является создание единого информационного пространства противодействия преступным посягательствам на культурные ценности на национальном и международном уровнях. Основой интеграции и взаимодействия в рамках этого пространства должна стать единая защищенная телекоммуникационная инфраструктура, организованная путем объединения информационных возможностей сетей связи и передачи данных, унификации используемых при их построении средств, определения стандартов информационного электронного обмена.

Основными типичными проблемами, возникающими в процессе информационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, являются: 1) отсутствие единого информационного пространства противодействия преступным посягательствам на данные ценности на национальном и международном уровнях; 2) отсутствие в большинстве территориальных органов МВД России программного сервиса в виде единого электронного учета культурных, исторических и научных ценностей в соответствии со стандартами ЮНЕСКО и Генерального секретариата Интерпола; 3) недостатки в организации учета и хранения культурных ценностей в частных коллекциях, религиозных объединениях и т.п.; 3) отсутствие единого государственного реестра культурных ценностей; 4) отсутствие полноценной системы идентификации культурных ценностей.

Комплекс мер, направленных на оптимизацию информационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, включает:

интенсификацию информационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности на основе действия единых принципов и общих правил для всех субъектов информационного взаимодействия при сочетании государственного регулирования и саморегулирующихся начал в формировании и развитии единого информационного пространства;

использование инновационных технологий в процессе информационного обеспечения противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

⁹ Противодействие преступным посягательствам на культурные ценности: аналитический обзор. М., 2017. 68 с.

целенаправленную разработку и использование рекомендаций по криминалистической алгоритмизации и программированию [Шаталов А.С., 2017: 155–172] противодействия преступным посягательствам на указанные ценности;

своевременное, непрерывное, максимально полное информационное сопровождение (ведомственного и межведомственного характера) противодействия преступным посягательствам на эти ценности, причем как в масштабах страны, так и на международном уровне в рамках сотрудничества в сфере обмена и получения информации о преступлениях и лицах, их совершивших [Thornes R., Fink E. 1995: 4–50];

разработку и использование программного сервиса в виде единого электронного учета культурных, исторических и научных ценностей в соответствии со стандартами ЮНЕСКО и Генерального секретариата Интерпола;

своевременную постановку на учет и внесение в базу данных Генерального секретариата Интерпола по похищенным культурным ценностям предметов, представляющих историческую, культурную или научную ценность и похищенных на территории России;

создание специализированного информационного ресурса;

своевременное, непрерывное формирование и хранение информационных ресурсов;

своевременное документирование и инвентаризация культурных ценностей;

разработка административных, политических и технических механизмов обмена информацией о похищенных и незаконно вывезенных культурных ценностях между организациями и странами;

повышение эффективности использования оперативно-значимой информации, поступающей по каналам Интерпола.

3. Организация международного сотрудничества в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

Основным недостатком, характеризующим текущее состояние международного сотрудничества правоохранительных органов, является его географическая раздробленность: борьба с трансграничной организованной преступностью требует скоординированного и многостороннего подхода.

НЦБ Интерпола МВД координирует совместные действия правоохранительных и иных государственных органов России с правоохранительными органами иностранных государств–членов Международной организации уголовной полиции (Интерпол) и Генеральным секретариатом Интерпола в рамках профилактики, противодействия и расследования преступлений,

совершенных как на территории России, так и за рубежом, связанных с предметами искусства, имеющих культурную (историческую, научную, художественную) ценность. Функции обеспечения международного розыска культурных ценностей и борьбы с преступлениями, связанными с предметами искусства, возложены на отдел противодействия международной преступности НЦБ Интерпола МВД.

Типичными проблемами международного сотрудничества в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, являются: 1) отсутствие единого информационного пространства противодействия преступным посягательствам на культурные ценности на национальном и международном уровнях; 2) недостатки в планировании и организации оперативно-служебной и управленческой деятельности, выработке и принятии управленческих решений в ходе международного сотрудничества; 3) дублирование полномочий в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности.

Комплекс мер, направленных на организацию международного сотрудничества в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, включает:

обмен законодательными и иными нормативными правовыми актами;
реализацию мероприятий, предусмотренных межгосударственными программами;

координацию программ международного сотрудничества и технического содействия со специализированными международными организациями, структурами и заинтересованными государствами;

исключение дублирования полномочий;

непрерывный обмен оперативной информацией;

розыск лиц, скрывающихся от следствия, суда или отбытия наказаний;

исполнение запросов общего и конфиденциального характера;

проведение совместных специальных мероприятий;

обеспечение эволюции модели международного сотрудничества от традиционных запросов о взаимной правовой помощи к непрерывному взаимодействию и координации параллельных расследований.

4. Организация межведомственного взаимодействия в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

В соответствии с Уставом Интерпола, Указом Президента Российской Федерации № 1113 от 30.07.1996, Постановлением Правительства Российской Федерации № 1190 от 14.10.1996, «Положением о Национальном централь-

ном бюро Интерпола», Инструкцией «Об организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола» субъектами взаимодействия с НЦБ Интерпола являются подразделения центрального аппарата МВД России и его территориальных органов, а также иные правоохранительные и государственные органы, осуществляющие борьбу с уголовной преступностью.

Анализ информационно-аналитических материалов о результатах деятельности НЦБ Интерпола МВД и его территориальных подразделений показал, что организации межведомственного взаимодействия в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности руководством НЦБ Интерпола МВД уделяется особое внимание¹⁰.

НЦБ Интерпола МВД на постоянной основе осуществляется анализ сведений, поступающих от российских и иностранных правоохранительных органов. На основании анализа данных установлено, что за последние годы наблюдается незначительная тенденция к снижению роста количества преступлений указанной направленности, однако это не означает, что они действительно сократились, так как огромное количество преступлений (особенно относящиеся к мошенничеству и хищению из музейных фондов) являются латентными, т.е. остаются вне поля зрения правоохранительных органов. В связи с этим совместно с Министерством культуры налажен механизм информирования зарубежных стран, где проходят аукционные торги, на которых выставляются похищенные в России произведения искусства [Тришкин А., 2018: 9–10].

Так, является положительным опыт взаимодействия НЦБ Интерпола МВД с Центральной оперативной таможней ЦТУ ФТС, Департаментом культурного наследия Министерства культуры и др. В 2017 г. на шести таможенных постах было выявлено 15 фактов незаконного перемещения через государственную границу России культурных ценностей, среди которых государственная награда «Героя социалистического труда», 11 икон, девять книг, два ордена «Отечественной войны 1 степени», антикварные предметы декоративно-прикладного искусства, мебель. По данным фактам возбуждено три уголовных дела, составлено 12 административных протоколов.

В качестве положительного примера организации межведомственного взаимодействия в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности отметим, что одновременно НЦБ Интерпола МВД и его территориальные подразделения в рамках своей компетенции взаимодействуют с музейным и научным сообществом, религиозными конфессиями, экспертами в области искусства.

¹⁰ Противодействие преступным посягательствам на культурные ценности: аналитический обзор...

При этом типичными проблемами, возникающими в процессе межведомственного взаимодействия в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, являются: 1) отсутствие межведомственного нормативного акта о взаимодействии в сфере борьбы с преступными посягательствами на указанные ценности; 2) отсутствие межведомственной комиссии по предупреждению незаконного вывоза культурных ценностей за пределы России; 3) недостатки в планировании и организации оперативно-служебной и управленческой деятельности, выработке и принятии управленческих решений.

Комплекс мер, направленных на организацию межведомственного взаимодействия в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, включает:

формирование постоянно действующей межведомственной комиссии по предупреждению незаконного вывоза культурных ценностей за пределы России;

издание совместного межведомственного нормативного акта о взаимодействии в сфере борьбы с преступными посягательствами на культурные ценности;

детальная разработка программы совершения сделок по объектам, имеющих культурную, историческую, научную ценность;

составление реестра объектов культурного наследия.

5. Организация профилактической деятельности в рамках противодействия преступным посягательствам на культурные ценности

НЦБ Интерпола МВД России и его территориальные подразделения организуют и координируют проведение на территории субъектов федерации комплексных оперативно-профилактических мероприятий, направленных на противодействие преступным посягательствам на культурные ценности.

В рамках указанных мероприятий проводится анализ оперативной обстановки по линии преступных посягательств на культурные ценности; отрабатываются лица, ранее судимые за аналогичные преступления; выявляются и изымаются культурные ценности, незаконно перемещаемые за пределы России с использованием железнодорожного, авиа- и автотранспорта; в приграничных регионах устанавливаются каналы незаконного вывоза культурных ценностей. В ходе оперативно-профилактических мероприятий совместно с взаимодействующими органами проводятся фотофиксация и детальное описание культурных ценностей с целью создания региональных электронных каталогов предметов искусства и их дальнейшее использование в служебной деятельности как правоохранительных, так и иных государственных органов.

Основными проблемами, возникающими в процессе профилактической деятельности в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, являются: 1) отсутствие единого электронного каталога с фотографиями и кратким описанием культурных ценностей на национальном и международном уровнях; 2) недостатки учета (научной атрибуции, каталогизации, фото- и видеофиксации, инвентаризации) культурных ценностей, и использовании, разработанных с участием правоохранительных органов, специальных средств маркировки; 3) недостатки в обеспечении надлежащей охраны (сохранности): отсутствие охранной сигнализации и физической охраны в музеях, местах отправления религиозного культа и на других объектах сосредоточения ценностей, в том числе удаленных от мест дислокации органов внутренних дел; 4) недостаточное выявление причин и условий, способствующих совершению преступных посягательств на культурные ценности; 5) неиспользование в полной мере возможностей средств массовой информации, при помощи которых следует сообщать населению причины и условия, способствующие хищению культурных ценностей, разъяснять необходимость их сохранности, использования современных средств защиты, в том числе распространять информацию о лицах, задержанных за совершение данных преступлений.

Комплекс мер, направленных на организацию профилактической деятельности в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности, включает:

- разработку и проведение совместных международных межведомственных оперативно-профилактических операций;

- создание системы профилактики хищений предметов искусства, выявление нарушений условий экспозиции, хранения, перевозки культурного наследия;

- создание единого электронного каталога с фото-видеофиксацией и кратким описанием культурных ценностей;

- создание системы надлежащего учета путем использования специальных средств маркировки (чипирование культурных ценностей);

- создание и развитие консультативных форумов государственного и частного секторов, позволяющих на законных основаниях обмениваться оперативной информацией, касающейся характеристик и особенностей преступных посягательств на культурные ценности;

 - использование возможностей средств массовой информации;

 - визуализацию мероприятий по возврату культурных ценностей законным владельцам;

 - мониторинг электронных каталогов аукционных домов;

 - бескомпромиссность системы уголовной юстиции в процессе привлечения к уголовной ответственности организаторов и лидеров трансграничных преступных организаций, осуждение виновных лиц независимо от их служебного и материального положения.

Заключение

Обеспечение национальной безопасности в сфере культуры направлено на реализацию конституционного права граждан на доступ к культурным ценностям и конституционной обязанности каждого заботиться о сохранении культурных ценностей.

Среди основных рисков и угроз в сфере культуры на государственном уровне обозначены противоправные посягательства на объекты культуры, что позволяет вести речь о преступных посягательствах на культурные ценности. В целях нейтрализации новых рисков и угроз необходимо сконцентрировать деятельность органов государственной власти на преодолении межведомственных, межрегиональных и межгосударственных противоречий в сфере культурной политики и противодействию преступным посягательствам на культурные ценности.

Комплекс проблем в сфере обеспечения культурной безопасности и противодействия преступным посягательствам на культурные ценности объединяет:

проблемы уголовно-правового характера в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

проблемы управленческого характера в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

проблемы оперативно-разыскного обеспечения в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

проблемы криминалистического обеспечения в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности;

проблемы организации международного сотрудничества в сфере противодействия преступным посягательствам на культурные ценности.

В современных условиях назрела необходимость комплексного обеспечения культурной безопасности на национальном и межгосударственном уровнях как важной составляющей в задаче укрепления национальной идентичности, национальной безопасности и как следствие — транснациональной безопасности.



Библиография

Беспалько В.Г. Культура в контексте уголовно-правового регулирования // Культура: управление, экономика, право. 2016. N 1. С. 3–10.

Беспалько В.Г. Некоторые аспекты криминалистической характеристики преступного невозвращения из-за границы культурных ценностей (ст. 190 УК РФ) // Российский юридический журнал. 2012. N 2. С. 98–106.

Богуславский М.М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты. М.: Норма, 2012. 416 с.

Буркова Е.С. Проблемные вопросы противодействия преступным посягательствам на культурные ценности / Оптимизация деятельности органов предварительного следствия и дознания: правовые, управленческие и криминалистические проблемы: материалы международной конференции. М.: Академия управления МВД, 2017. С. 90–95.

Диканов К.А. Проблемы борьбы с преступными посягательствами на культурные ценности // «Черные дыры» в российском законодательстве. Юридический журнал. 2007. N 6. С. 347–348.

Клебанов Л.Р. О некоторых новеллах уголовного законодательства, охраняющего культурные ценности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. N 5. С. 71–75.

Клебанов Л.Р. Уголовно-правовая охрана культурных ценностей. М.: Норма, 2011. 352 с.

Осокин Р.Б. Теоретико-правовые основы уголовной ответственности за преступления против общественной нравственности: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2014. 46 с.

Осокин Р.Б. Проблемы противодействия преступлениям против общественной нравственности // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. Вып. 1. С. 343–346.

Приданов С.А., Щерба С.П. Преступления, посягающие на культурные ценности России: квалификация и расследование. М.: Юрлитинформ, 2002. 520 с.

Русанов Г.А. Понятие «культурных ценностей» и критерии отнесения предмета к культурным ценностям в науке уголовного права // Российская юстиция. 2008. N 4. С. 31–33.

Сухаренко А.Н. Преступные посягательства на культурные ценности: транснациональные аспекты // Культура: управление, экономика, право. 2009. N 3. С. 98–106.

Тришкин А. Безопасность наследия предков // Полиция России. 2018. N 9. С. 8–12.

Шаталов А.С. Алгоритмизация и программирование расследования преступлений в системе криминалистической методики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. N 2. С. 155–172.

Thornes R., Fink E. Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards: A Preliminary Survey. Santa Monica (Cal.), 1995, 51 p.

Verrì P. The Condition of Cultural Property in Armed Conflict. International Review of the Red Cross, 1985, May-June, pp. 127–139.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Counteractions Against Criminal Encroachments at Cultural Values



Irina P. Mozhaeva

Leading Researcher, Research Center, Management Academy of the Interior Ministry of Russia, Doctor of Juridical Sciences. Address: 8 Zoi i Alexandra Kosmodemianskih Str., Moscow 125171, Russia. E-mail: mirina-crim@yandex.ru.

Abstract

Cultural policy is an important component in the task of strengthening the country, national identity and ensuring national security. Protection of cultural property from criminal encroachments is one of the most important law enforcement functions of the state. The article is devoted to the aspects of increasing the effectiveness of the main directions of countering criminal encroachments on cultural values. An analysis of the empirical base allowed to generalize the current situation, positive experience in the sphere of countering criminal encroachments on cultural values. The subject of the study is the patterns of organizational support of activities to counter criminal encroachments on cultural values. The aim of the study is to improve the activities of law enforcement agencies in countering criminal encroachments on cultural values. On the basis of studying the patterns of organizational support of activities to counter criminal encroachments on cultural values, the author has identified and analyzed the typical problems: legal, organizational, managerial, criminalistic and other typical problems, that arise in the process of countering criminal encroachments on cultural values. The resolution of the above mentioned problems of activities to counter criminal encroachments on cultural values is possible by optimizing it. Optimization of activities to counter criminal encroachments on cultural values as a complex controlled process consists of interrelated elements and is conditioned by a combination of external and internal factors. The author suppose that in order to optimize counteraction to criminal encroachments on cultural values, it is necessary to build on an innovative interdisciplinary approach and concentrate the efforts in order to resolve typical problems in the significant areas: optimization of the mechanism of legal regulation of counteraction to criminal encroachments on cultural values; information support of counteraction to criminal encroachments on cultural values; organization of international cooperation in the sphere of countering criminal encroachments on cultural values; optimization of interdepartmental interaction in the framework of countering criminal encroachments on cultural values; optimization of preventive activities in the context of countering criminal encroachments. The system which is formed in the article is devoted to identifying and taking measures to eliminate the most typical problems, as mistakes in organizing counteraction to criminal encroachments on cultural values, minimizing their consequences and ensuring efficiency activities. Author proposes a set of measures aimed at optimizing the main directions of countering criminal encroachments on cultural values.

Keywords

cultural values; criminal encroachments; counteraction; optimization; international cooperation; organized criminality.

Acknowledgements: The study is fulfilled with using data of information system Consultant Plus.

For citation: Mozhaeva I.P. (2020) The Counteractions against Criminal Encroachments at Cultural Values. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 72–89 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.72.89

References

Bespalko V.G. (2016) Culture in the context of criminal law regulation. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*, no 1, pp. 3–10 (in Russian)

- Bespalko V.G. (2012) Some aspects of the criminalistic characteristics of criminal non-return from abroad cultural property (Article 190 of the Criminal Code). *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*, no 2, pp. 98–106 (in Russian)
- Boguslavsky M.M. (2012) *Cultural values in international turnover: legal aspects*. Moscow: Norma, 427 p. (in Russian)
- Burkova E.S. (2017) Counteraction to criminal encroachments on cultural values. Optimization of the activity of the bodies of preliminary investigation and inquiry: legal, administrative and forensic issues. Materials of international conference. Moscow: Interior Ministry, pp. 90–95 (in Russian)
- Dikanov K.A. (2007) Combating criminal encroachments on cultural values. Chernye dyry v rossiyskom zakonodatelstve. *Juridicheskiy zhurnal*, no 6, pp. 347–348 (in Russian)
- Klebanov L.R. (2014) Novels of criminal legislation protecting cultural values. *Zakony Rossii*, no 5, pp. 71–75 (in Russian)
- Klebanov L.R. (2011) *Criminal legal protection of cultural values*. Moscow: Norma, 352 p. (in Russian)
- Osokin R.B. (2014) Theory bases of the criminal liability for crimes against public morals. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 46 p. (in Russian)
- Osokin R.B. (2011) Fighting crimes against public morality. *Vestnik Tambovskogo universiteta*, issue 1, pp. 343–346 (in Russian)
- Pridanov S.A., Shcherba S.P. (2002) *Crimes that encroach on Russia's cultural values: qualification and investigation*. Moscow: Yurlitinform, 520 p. (in Russian)
- Rusanov G.A. (2008) Concept of cultural values and criteria for classifying object of cultural values in the criminalistics. *Rossiyskaya justitsia*, no 4, pp. 31–33 (in Russian)
- Sukhareno A.N. (2009) Criminal infringements on cultural values: transnational aspects. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*, no 3, pp. 98–106 (in Russian)
- Trishkin A. (2018) Ancestral Heritage Safety. *Politcia Rossii*, no 9, pp. 8–12 (in Russian)
- Shatalov A.S. (2017) Algorithmization and programming of investigation of crimes in the system of criminalistic methodology. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 155–172 (in Russian)
- Thornes R., Fink E. (1995) Protecting Cultural Objects Through International Documentation Standards: A Preliminary Survey. Santa Monica (Cal.): n.p., p. 51.
- Verri P. (1985) The Condition of Cultural Property in Armed Conflict. *International Review of the Red Cross*, May–June, pp. 127–139.

Восстановление нарушенных гражданских прав во внесудебном порядке



Д.Н. Кархалев

Профессор, кафедра гражданского права, Институт права Башкирского государственного университета, доктор юридических наук. Адрес: 450076, Российская Федерация, Башкортостан, Уфа, ул. Красина, 15/69. E-mail: dnk001rb@yandex.ru



Аннотация

В статье рассмотрены актуальные проблемы защиты гражданских прав и ответственности при реализации охранительной функции гражданского права в договорных и внедоговорных отношениях с помощью мер самозащиты и мер оперативного воздействия. Автор считает, что основной чертой мер самозащиты является компенсационный характер. Он выражается в том, что меры самозащиты применяются в случае нарушения субъективного гражданского права (или при создании угрозы его нарушения) с целью защиты нарушенного права. В связи с этими чертами самозащита отнесена к способам защиты гражданского права. В статье содержится вывод, что спорны попытки отнесения к данному способу защиты права действий, заключающихся в установке сигнализации, замков, клеймении вещей и др. В подобной ситуации нарушения гражданского права нет. Соответствующие действия направлены на предупреждение нарушения гражданских прав, не являются мерой воздействия на лицо и реализуются в рамках регулятивного правоотношения. Необходимая оборона используется субъектами гражданского права с целью защиты своих личных неимущественных прав либо имущественных прав в ситуации, когда нарушитель пытается уничтожить, повредить или завладеть имуществом обладателя права на самозащиту. Собственник или обладатель неимущественного права вправе совершить самостоятельные действия по защите своего права в случае неправомерного посягательства на них. Последнее является юридическим фактом, влекущим возникновение охранительного правоотношения по реализации необходимой обороны. Действия в условиях крайней необходимости реализуются также в рамках охранительного правоотношения. Данное правоотношение направлено на обеспечение защиты абсолютных гражданских прав в условиях крайней необходимости, вызванной обстоятельствами, не зависящими от воли лица, либо поведением субъекта гражданского права (правомерными или неправомерными действиями). Закон допускает в такой ситуации в целях защиты более важного блага возможность причинить вред менее значительный. Охранительное правоотношение по реализации указанной меры самозащиты возникает при наличии действительной угрозы жизни, здоровью, имуществу причинителя вреда либо третьего лица, которые необходимо защитить от уничтожения или повреждения.



Ключевые слова

защита гражданских прав, ответственность в гражданском праве, охранительные правоотношения, меры самозащиты, меры оперативного воздействия, принуждение.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Кархалев Д.Н. Восстановление нарушенных гражданских прав во внесудебном порядке // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 90–111.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.90.111

Введение

В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ) предусмотрена возможность восстановления нарушенных прав во внесудебном порядке путем самозащиты или оперативного воздействия. Согласно ст. 14 ГК РФ самозащита гражданских прав допускается. В законе содержатся требования, которые должны быть соблюдены, чтобы самозащита была правомерной. Это соразмерность способов самозащиты нарушению, а также то, что самозащита не должна выходить за пределы действий, необходимых для пресечения нарушения. Самозащита гражданских прав и оперативное воздействие осуществляются самостоятельно потерпевшим лицом во внесудебном порядке при нарушении вещных или обязательственных гражданских прав.

1. Меры самозащиты в гражданском праве

Под самозащитой гражданских прав следует понимать совершение управомоченным лицом дозволенных законом действий фактического порядка, направленных на охрану его личных или имущественных прав и интересов [Грибанов В.П., 2000: 117].

Г.Я. Стоякин полагал, что меры самозащиты (под которыми автор понимал меры оперативного воздействия и меры самозащиты) применяются в пределах регулятивного правоотношения, поскольку содержание прав и обязанностей сторон в результате правонарушения и применения мер самозащиты не изменяется и дополнительного обязательства не возникает; изменяется лишь порядок исполнения ранее возникшего обязательства (или в некоторых случаях первичное правоотношение вообще прекращается) [Стоякин Г.Я., 1973: 35–40].

По мнению Г. Свердлыка и Э. Страунинга, самозащита гражданских прав — допускаемые законом или договором действия управомоченного лица, направленные на обеспечение неприкосновенности права, пресечение нарушения и ликвидацию последствий этого нарушения [Свердлык Г., Страунинг Э., 1999: 35]. С.Н. Веретенникова пишет, что самозащита есть индивидуальное (инициативное) волевое действие субъектов (физических и юридических лиц), направленное на защиту гражданских прав и охраняемых законом интересов в случае совершения в отношении них правонарушения или реальной угрозы такого нарушения посредством ущемления или нарушения прав другого лица, при соблюдении предусмотренных законом пределов ее правомерности [Веретенникова С.В., 2004: 11].

Другие авторы выражаются более кратко. Так, Д.В. Микшис считает, что самозащита гражданских прав — это правомерное деяние, направленное на защиту субъективного гражданского права от наличного нарушения либо его реальной угрозы [Микшис Д.В., 2006: 2007]. М.С. Кораблева справедливо к признакам самозащиты относит следующие: 1) самозащита осуществляется, когда нарушение уже произошло и продолжается, либо (в ряде случаев) против наличного посягательства на права и интересы управомоченного лица (например, необходимая оборона); 2) самозащита осуществляется силами самого потерпевшего; 3) самозащита не должна выходить за пределы действий, необходимых для пресечения нарушения, и должна быть соразмерна нарушению по своим способам [Кораблева М.С., 1998: 88–89].

В учебной литературе под самозащитой гражданских прав понимается совершение управомоченным лицом действий фактического порядка, соответствующих закону, направленных на охрану материальных и нематериальных благ [Ем В.С., 2004: 563]. В другом учебнике самозащите гражданских прав отводится роль формы защиты гражданских прав, хотя в законе (ст. 12 ГК) самозащита прав отнесена к способам защиты гражданских прав [Сергеев А.П., 2004: 339].

Следует отметить, что авторы в целом правильно и обоснованно очерчивают сферу применения самозащиты, указывают ее особенности и основание применения. Основной чертой мер самозащиты является их компенсационный характер. Он выражается в том, что меры самозащиты применяются в случае нарушения субъективного гражданского права (или при создании угрозы его нарушения) с целью защиты нарушенного права. В связи с этими чертами самозащита отнесена к способам защиты гражданского права.

С учетом изложенного являются спорными попытки отнесения к данному способу защиты права действий, заключающихся в установке сигнализации, замков, клеймении вещей и др. В подобной ситуации нет нарушения гражданского права. Соответствующие действия направлены на предупрежде-

ние нарушения гражданских прав, не являются мерой воздействия на лицо и реализуются в рамках регулятивного правоотношения.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление N 25) обращается внимание на то, что самозащита гражданских прав может выражаться в том числе в воздействии лица на собственное или находящееся в его законном владении имущество. Самозащита может заключаться также в воздействии на имущество правонарушителя в том случае, если она обладает признаками необходимой обороны или совершена в состоянии крайней необходимости.

При осуществлении этого права необходимо действовать добросовестно и разумно. При добросовестной самозащите субъективных гражданских прав применяются способы самозащиты и условия их реализации, установленные законом, обычаем и договором. К недобросовестной самозащите относится применение не предусмотренных законом, обычаем и договором способов самозащиты и условий их реализации (извинительная недобросовестность); использование самозащиты в целях причинения вреда (убытков) другой стороне (неизвинительная недобросовестность) [Богданова Е.Е., 2010: 15].

Меры самозащиты (в узком смысле слова) применяются при нарушении абсолютных прав во внесудебном порядке. Реализация мер заключается в принудительном воздействии на правонарушителя с целью приостановления, пресечения начавшегося нарушения права либо немедленной ликвидации последствий состоявшегося нарушения. Такой цели можно достигнуть только активными действиями (необходимая оборона, действия при крайней необходимости и другие). Принуждение выражается здесь в том, что действия в порядке самозащиты одного лица вынуждают другое лицо (против его воли, без согласия) прекратить противоправное действие, ликвидировать его последствия или совершить иные действия по восстановлению права.

В отличие от мер оперативного воздействия, действия по самозащите права носят фактический характер [Климанова Д.В., 2017: 4–8], т.е. не влияют на изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Кроме того, это односторонние действия — юридические поступки. Формы самозащиты определяются законом. Лицо должно осуществлять самостоятельные действия только в этих формах, иначе его действия могут быть обжалованы в суде.

В юридической литературе к мерам самозащиты принято относить необходимую оборону и действия в состоянии крайней необходимости. В Гражданском уложении Германии также допускается возможность необходимой обороны. В § 227 Уложения сказано, что необходимой обороной признается

такая защита, которая требуется для отражения непосредственного противоправного нападения на себя либо на другое лицо. Представляется, что меры самозащиты, подобно всем остальным гражданско-правовым мерам правового воздействия, реализуются в охранительном правоотношении.

Согласно ст. 12, 14 ГК РФ любой субъект гражданского права имеет возможность осуществлять самозащиту своего права (субъективное право на самозащиту). Данное право является элементом содержания охранительного правоотношения, в котором оно возникает, существует и ликвидируется, когда правовая связь прекращается (например, когда право восстановлено).

Право на самозащиту не может существовать вне правоотношения, поскольку данная ситуация исключается гражданско-правовой наукой. Данное правоотношение не может быть регулятивным, поскольку оно возникает из неправомерного юридического действия — нарушения или создания реальной угрозы нарушения гражданского права. Правовая связь направлена на обеспечение защиты гражданских прав.

Субъектами данной связи являются потерпевшее лицо (собственник) и нарушитель, имеющий охранительную обязанность прекратить свои противоправные действия либо ликвидировать, устранить негативные последствия своих действий, возникших в имущественной сфере собственника. Например, собственник может самостоятельно отразить угрозу уничтожения имущества, самостоятельно немедленно завладеть своей вещью, которой незаконно владеет нарушитель, или устранить препятствия по пользованию вещью и т.п.

Гражданско-правовое принуждение находится в неразрывной связи с охранительным обязательством, которое не может реализовываться без мер принуждения (если право не восстанавливается в добровольной форме), равно как последние не могут осуществляться вне охранительного правоотношения.

В ГК РФ определения необходимой обороны нет. Статья 37 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) гласит, что не является преступлением причинение вреда посягающему лицу в состоянии необходимой обороны, т.е. при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия.

Необходимая оборона используется субъектами гражданского права с целью защиты своих личных неимущественных либо имущественных прав в ситуации, когда нарушитель пытается уничтожить, повредить или завладеть имуществом обладателя права на самозащиту. Необходимая оборона в гражданском праве считается правомерной, если не превышены пределы обороны — это действия, явно не соответствующие характеру посягательства.

Собственник или обладатель неимущественного права вправе совершить самостоятельные действия по защите своего права в случае неправомерного посягательства на них. Последнее является юридическим фактом, влекущим возникновение охранительного правоотношения по реализации необходимой обороны. Содержанием данного правоотношения являются право на необходимую оборону и охранительная обязанность прекратить незаконные действия и ликвидировать его последствия. Необходимая оборона в гражданском праве — это совершаемые во внесудебном порядке действия по пресечению (приостановлению) начавшегося нарушения абсолютного права путем психического (убеждение, без причинения вреда) или физического (причинение вреда) принуждения правонарушителя.

Субъективное право на необходимую оборону появляется с возникновением охранительного правоотношения (при нарушении права или создании угрозы его нарушения), которое основывается на регулятивном абсолютном правоотношении. Реализация необходимой обороны направлена на обеспечение защиты абсолютного гражданского права. Осуществляется это самостоятельными действиями управомоченного лица, у которого с возникновением обязательства появляется новое субъективное право на необходимую оборону.

Право на необходимую оборону возникает на основании охранительных норм (ст. 12, 14, 1066 ГК РФ) и носит ретроспективный характер. Действия по установке сигнализаций, замков иных охранных устройств не является самозащитой (по смыслу ст. 12 и 14), поскольку реализуются до нарушения (с целью его предупреждения) в регулятивном вещном правоотношении.

Мера самозащиты реализуется в правоотношении, возникающем из неправомерного юридического действия. Оно носит односторонний характер, поскольку кредитор правоотношения обладает правом, а должник — лишь обязанностью. Анализируемое правоотношение относится к числу относительных и обязательственных, поскольку кредитор имеет право требовать правонарушителя прекращения противоправных действий, а должник обязан выполнить данное требование, в противном случае кредитор вправе самостоятельно пресечь противоправные действия (например, завладеть своей вещью) и ликвидировать их последствия, в том числе путем причинения вреда должнику. Восстановить нарушенное право можно только путем активных действий кредитора, поэтому рассматриваемую правовую связь следует относить к правоотношениям активного типа.

По нашему мнению, основное различие необходимой обороны в гражданском и уголовном праве состоит в том, что субъект гражданского права может защитить свое право самостоятельными действиями, не причиняя вреда правонарушителю. Это связано с тем, что противоправное поведение, являющееся основанием правоотношения по реализации необходимой обороны, не всегда квалифицируется как нападение в прямом смысле слова.

Нападение в узком смысле слова может быть только на личность. В гражданском праве посягательство иногда направлено на имущество, право на которое можно защитить, не причиняя вред нарушителю. Нападение (на личность) характеризуется тем, что право можно восстановить только путем причинения вреда. Посягательство на имущество устраняется как причинением вреда, так и иными способами.

Сторонами рассматриваемого правоотношения являются кредитор и должник. Вопреки мнению некоторых авторов (В.П. Грибанов, С.Н. Веретенникова), мы считаем, что как на стороне кредитора, так и на стороне должника могут быть любые субъекты гражданского права при посягательстве на имущество.

Следует отметить, что в последнее время значительно увеличилось число участия организаций в рассматриваемом обязательстве. В России получили распространение так называемые рейдерские захваты имущества юридических лиц. Способом защиты в такой ситуации может быть самозащита в виде необходимой обороны, право на которую принадлежит потерпевшему в силу рассматриваемого охранительного правоотношения. Публично-правовые образования участвуют в данных отношениях только в качестве собственника, не используя властных полномочий.

Содержанием обязательства, как отмечалось, являются субъективное охранительное право на необходимую оборону (самостоятельные действия по защите права) и охранительная обязанность прекратить противоправные действия и ликвидировать последствия. Самостоятельные действия кредитора обязательства могут привести к причинению вреда нападавшему (его имуществу) либо самому кредитору (его имуществу), что влечет возникновение деликтного обязательства (или двух деликтных обязательств), которое не тождественно обязательству по необходимой обороне и развивается независимо от него.

Субъективное право на необходимую оборону и охранительная обязанность являются самостоятельными, новыми элементами возникшего охранительного правоотношения. В современных исследованиях по данному вопросу авторы пришли к аналогичному выводу [Веретенникова С.Н., 2004: 11, 15]; [Микшис Д.В. 2006: 11,14]. Право на необходимую оборону — мера возможного поведения лица самостоятельными фактическими действиями защищать свое нарушенное абсолютное право путем причинения вреда или иными действиями, не связанными с его причинением. Охранительная обязанность — мера необходимого поведения нарушителя прекратить противоправное действие и ликвидировать его последствия. Право на самостоятельную защиту может осуществить иное лицо, которое совершает эти действия в интересах кредитора (гл. 50 ГК РФ).

Должник может в добровольном порядке прекратить начатое посягательство и ликвидировать последствия, либо кредитор самостоятельно защищает нарушенное право и применяет меру самозащиты (в принудительном порядке, помимо воли должника). В последнем случае основанием применения меры самозащиты является то же самое противоправное действие, при наличии которого возникло правоотношение, т.е. основания совпадают.

В.С. Ем считает, что основанием применения необходимой обороны является общественно опасное посягательство на личность обороняющегося или его имущество, обладающее признаками преступления или гражданского правонарушения [Ем В.С., 2004: 565]. По мнению С.Н. Веретенниковой, основанием применения мер самозащиты является совершение какого-либо нарушения права собственности или иного вещного права [Веретенникова С.Н., 2004: 19]. Д.В. Микшис пишет, что юридическим фактом, влекущим возникновение права на самозащиту, следует считать нарушение субъективных гражданских прав или реальную угрозу их нарушения [Микшис Д.В., 2006: 14]. Думается, что основанием возникновения анализируемой правовой связи является нарушение абсолютного гражданского права либо реальная угроза его нарушения. Указанное противоправное поведение должно соответствовать ряду условий. Оно должно быть действительным (реальным), наличным и противоправным [Грибанов В.П., 2000: 120].

В законе и судебной практике предусматривается ряд требований, при соблюдении которых необходимая оборона (исполнение обязательства) признается правомерной. В п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда N 6/8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса РФ» сказано, что при разрешении споров, возникающих в связи с защитой принадлежащих гражданам и юридическим лицам гражданских прав путем самозащиты (ст. 12 и 14 ГК РФ), следует учитывать, что самозащита не может быть признана правомерной, если она явно не соответствует способу и характеру нарушения, и причиненный (возможный) вред является более значительным, чем предотвращенный¹.

Таким образом, необходимая оборона должна быть соразмерной, своевременной; применяется только в отношении должника правоотношения и направлена на защиту абсолютного права от неправомерного поведения обязанной стороны правовой связи. В случае несоблюдения данных требований необходимая оборона «превращается» в правонарушение, влекущее возникновение деликтного обязательства. По способу исполнения правоотношение по необходимой обороне может быть двух видов: 1) правоотно-

¹ Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам. М., 2004. С. 14.

шение, исполняемое при отсутствии владения вещью правонарушителем; 2) обязательство, при котором исполнение осуществляется путем восстановления владения имуществом (недвижимым).

Особенность динамики исследуемого охранительного обязательства в том, что исполнение осуществляет кредитор, а не должник. Последний также влияет на движение правоотношения, поскольку в любой момент может прекратить начатые неправомерные действия, что приведет к прекращению правовой связи. В силу кратковременности и быстротечности обязательства по необходимой обороне его прекращение возможно только путем надлежащего исполнения (действиями кредитора). Однако теоретически прекращение данного обязательства возможно по основаниям гл. 26 ГК в случае, когда между моментом возникновения правовой связи и исполнением существует промежуток времени.

Согласно ст. 39 УК РФ не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в состоянии крайней необходимости, т.е. для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества и государства, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами и при этом не было допущено превышения пределов крайней необходимости. Превышением пределов крайней необходимости признается причинение вреда, явно не соответствующего характеру и степени угрожающей опасности и обстоятельствам, при которых опасность устранялась, когда указанным интересам был причинен вред равный или более значительный, чем предотвращенный.

В гражданском праве крайняя необходимость является мерой самозащиты, реализуемой в охранительном правоотношении. Реализация крайней необходимости требуется в целях немедленного предотвращения опасности, нависшей над правом, принести в жертву благо, принадлежащее какому-либо другому лицу [Сарбаш С.В., 2003: 175]. В.С. Ем определял крайнюю необходимость как действия лица, причиняющие какой-либо вред, но совершаемые для устранения опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами (ст. 1067 ГК РФ) [Ем В.С., 2004: 567]. Основное различие необходимой обороны и крайней необходимости в гражданском праве заключается в том, что противоправное поведение при крайней необходимости не является нападением на лицо, действующее в состоянии необходимости. Данное лицо защищает своими самостоятельными действиями право собственности либо неимущественные права (абсолютные гражданские права).

Действия в условиях крайней необходимости реализуются также в рамках охранительного правоотношения. Данное правоотношение направлено

на обеспечение защиты абсолютных гражданских прав в условиях крайней необходимости, вызванной обстоятельствами, не зависящими от воли лица (стихийные бедствия и т.п.), либо поведением субъекта гражданского права (правомерными или неправомерными действиями). Закон допускает в такой ситуации в целях защиты «более важного» блага возможность причинить вред менее значительному. Охранительное правоотношение по реализации указанной меры самозащиты возникает при наличии действительной угрозы жизни, здоровью, имуществу причинителя вреда либо третьего лица, которые необходимо спасти (защитить) от уничтожения или повреждения.

Для достижения этой цели управомоченное лицо вынуждено использовать право на самостоятельные действия в условиях крайней необходимости, которое является элементом содержания охранительной связи. Данное правоотношение представляет собой самостоятельную охранительную правовую связь. Оно возникает из неправомерного действия помимо воли его участников и направлено на обеспечение защиты права.

Реализация права на самостоятельные действия в условиях крайней необходимости осуществляется независимо от абсолютного правоотношения, при нарушении которого оно возникает. При прекращении регулятивной правовой связи охранительное правоотношение сохраняется. Право на самозащиту возникает после нарушения, поэтому носит ретроспективный характер. Анализируемое правоотношение появляется на основании охранительных норм (ст. 12, 14, 1067 ГК РФ) и является обязательственным, относительным и односторонним, как любое охранительное. Это правоотношение активного типа, поскольку защита в данном случае осуществляется самостоятельными действиями кредитора. Новому субъективному охранительному праву требовать прекращения нарушения и самостоятельно защищать свое право путем устранения опасности корреспондируется новая охранительная обязанность прекратить противоправное поведение, составляющие содержание обязательства.

Сторонами правоотношения является кредитор и должник. Участником правоотношения, кроме должника и кредитора, может быть третье лицо, в интересах которого действовал кредитор. Объектом обязательства являются действия по защите права. Содержание правоотношения образуют субъективное право на самостоятельные действия по устранению опасности и субъективная охранительная обязанность прекратить действия, создавшие опасность охраняемым благам, которые существуют с момента создания опасности.

Субъективное право на устранение опасности представляет собой возможность лица своими самостоятельными активными действиями устранить опасность, возникшую в отношении собственного имущества (или нематериальных благ) либо имущества третьего лица. Охранительная обя-

занность выражается в необходимости прекратить создавшие опасность действия либо не препятствовать самостоятельным действиям кредитора по самозащите. Указанные элементы (объект, субъекты и содержание) составляют статику анализируемого охранительного обязательства.

Динамика правоотношения начинается с возникновением правовой связи, основанием которой является противоправное действие, создавшее опасность причинения вреда охраняемым гражданским правом благам. Следует отметить, что если опасность возникла по независящим от человека обстоятельствам; управомоченное лицо, защищая свое или чужое имущество (или нематериальные блага), вправе причинить вред другому имуществу или здоровью лица (защищающие блага) для устранения опасности первым благам (защищаемым благам). В случае причинения вреда защищающим благам в процессе устранения опасности, грозящей защищаемым благам, возникает деликтное правоотношение, которое не тождественно охранительному обязательству по устранению опасности в условиях крайней необходимости.

Деликтное обязательство может и не возникать при устранении опасности. В ряде случаев устранение угрозы возможно без причинения вреда. Тем не менее, самостоятельные действия кредитора (самозащита) осуществляются в рамках возникшего пресекающего правоотношения, но оснований для возникновения деликтного правоотношения нет, так как вред не причинен.

Следовательно, существуют две модели развития действия при крайней необходимости: простая (одно правоотношение) и сложная (два правоотношения — пресекающее по реализации крайней необходимости и деликтное).

Основание возникновения рассматриваемого обязательства (неправомерное действие) должно быть реальным, наличным и действительным (не мнимым). Исполнение правоотношения по устранению опасности заключается в защите материальных или нематериальных благ самостоятельными действиями кредитора по устранению угрозы причинения вреда данным благам. Данные действия должны быть своевременными, направленными на защиту нарушаемого права, при этом ценность защищаемого блага должна быть выше (больше), ценности защищающего (вред причиненный должен быть меньше, чем предотвращенный).

Если данное требование не соблюдается, то имеет место превышение пределов крайней необходимости, что влечет возникновение деликтного обязательства и деликтной ответственности (по общему правилу, вред подлежит возмещению лицом, причинившим вред, либо тем лицом, в интересах которого действовал кредитор). Устранив опасность, кредитор реализует принадлежащее ему право на собственные фактические действия. Обязанность возместить причиненный вред исполняется в рамках деликтного обязательства. Обязательство же по устранению опасности прекращается исполнением.

2. Меры оперативного воздействия в гражданском праве

В статье 12 ГК РФ в качестве способов защиты гражданских прав указана самозащита прав, а также прекращение или изменение правоотношения. На природу последнего нет единства среди юристов. Так, отмечается, что прекращение или изменение правоотношения применяется для защиты гражданских прав по основаниям и в порядке, предусмотренным соглашением сторон (договором) или законом (ст. 450–453, 407–419 ГК) [Абова Т.Е., 2006: 53]. В другом комментарии небесспорно утверждается, что данный способ может быть реализован в судебном порядке и производится по одностороннему заявлению участника правоотношения в случае нарушения другим участником своих обязательств [Сергеев А.П., 2005: 38]. Однако Н.И. Клейн пишет, что прекращение и изменение правоотношения следует отнести к способам защиты гражданских прав, связанным с применением уполномоченным лицом в одностороннем порядке без суда правовых средств воздействия на правонарушителя, которые принято называть мерами оперативного воздействия [Клейн Н.И., 2005: 63].

Появление в ст. 12 ГК РФ данного способа защиты гражданских прав закономерно. Это результат продолжительной и плодотворной научной дискуссии о наличии в гражданском праве самостоятельной группы мер правового воздействия — мер оперативного воздействия, которая велась еще в советский период развития гражданского права.

В.П. Грибанов под мерами оперативного воздействия понимал такие юридические средства правоохранительного характера, которые применяются к нарушителю гражданских прав и обязанностей непосредственно самим уполномоченным лицом, как стороной в гражданском правоотношении, без обращения за защитой права к компетентным государственным или общественным органам [Грибанов В.П., 2000: 133]. В другой работе ученый указывал, что меры оперативного воздействия необходимо отграничивать от имущественной ответственности [Грибанов В.П., 1968: 4], с чем можно согласиться.

Этот вопрос анализировал Б.И. Пугинский. Ученый считает, что меры оперативного воздействия не являются санкциями, не требуют использования государственного принуждения [Пугинский Б.И., 1984: 144]. Напротив, А.Г. Диденко полагал, что анализируемые меры являются организационными мерами государственного принуждения, направленными на осуществление субъективного гражданского права и ликвидацию последствий его нарушения [Диденко А.Г., 1971: 11].

Думается, что в гражданском праве, в отличие от отраслей публичного права, принуждение может исходить не только от государственных органов

(суда), но и от самих субъектов гражданского права. Квалифицирующим признаком принуждения является не субъект, применяющий принуждение. Основу любого юридического принуждения, как отмечалось, составляет деятельность (суда или лица), направленная на «навязывание» лицу определенной модели поведения (направленной на восстановление нарушенного им права), при котором желание, отсутствие согласия правонарушителя на это не принимается во внимание. С помощью принуждения нарушителя «заставляют» совершить действия по защите нарушенного права. Ему навязывается определенный вариант поведения, который он добровольно совершать (восстановить право) не желает.

По справедливому мнению Н.И. Матузова, сила принуждения действует на обязанное лицо не только тогда, когда оно привлекается к ответственности, когда его «заставляют», но и до этого, когда такая угроза является лишь потенциальной, она постоянно тяготеет над ним, побуждая к должному поведению [Матузов Н.И., 1972: 110].

Итак, главное в принуждении — отсутствие свободы воли, а не субъект, применяющий меру принуждения. Для гражданского права не является принципиальным вопрос о субъекте, применяющем принуждение. Для квалификации принуждения неважно, суд или сам участник правоотношения заставляет нарушителя совершить определенное поведение. В уголовном праве это невозможно.

В гражданском праве существует государственное и «негосударственное» принуждение. Примером последнего являются действия потерпевшего в охранительном правоотношении по применению мер оперативного воздействия или мер самозащиты. Закон содержит возможность совершения таких самостоятельных действий (путем принуждения) для восстановления нарушенного права. В случае неправомерного применения самозащиты лицо вправе обжаловать в суд правомерность применения соответствующих мер правового воздействия.

Следует согласиться с А.Г. Диденко, что самозащита — это форма государственного принуждения и государство контролирует ее правомерность [Диденко А.Г., 1971: 21]. Самозащита и оперативное воздействие — это формы негосударственного принуждения, поскольку они реализуются во внесудебном порядке.

В цивилистических исследованиях меры оперативного воздействия определяются как юридические средства охранительного характера, которые применяются к нарушителю гражданских прав и обязанностей самим управомоченным лицом как стороной в гражданском правоотношении без обращения за защитой своего права к компетентным государственным и общественным органам и не имеют прямой непосредственной направленности на уменьшение имущества нарушителя [Веретенникова С.Н., 2004: 17].

В другой диссертации указывается, что меры оперативного воздействия — это предусмотренные в законе или соглашении сторон меры юридическо-го воздействия на неисправного должника в договорном обязательстве, применение которых заключается в совершении управомоченным лицом односторонних действий по изменению или прекращению договорного обязательства в связи с нарушением обязанностей со стороны контрагента [Карпов М.С., 2003: 21].

Необходимость в применении мер оперативного воздействия возникает в случае, когда нарушается договорное обязательство. Е.В. Бриных отмечал, что для мер оперативного воздействия характерно то, что они применяются управомоченным лицом независимо от вины нарушителя обязательства без участия арбитража. Однако это не означает, что они не связаны с государственным принуждением, а также то, что эти меры не связаны, как правило, с безвозмездной передачей денежных средств от должника к кредитору [Бриных Е.В., 1969: 67].

Важнейшим условием реализации анализируемых мер является закрепленная в законе охранительная норма или в договоре возможность их применения к нарушителю. Меры оперативного характера применяются во внесудебном одностороннем порядке независимо от согласия нарушителя на их осуществление, то есть являются мерами принуждения.

М.А. Егорова полагает, что когда основанием применения одностороннего отказа от исполнения договора является нарушение договорных обязательств контрагентом, односторонний отказ от исполнения договора представляет собой меру оперативного воздействия [Егорова М.А., 2006: 23]. М.С. Кораблева также считает, что оперативное воздействие оказывается контрагентами друг на друга непосредственно, без обращения к юрисдикционным органам. Автор не относит меры оперативного воздействия к санкциям, применение которых не может существовать вне деятельности таких органов [Кораблева М.С., 1998: 94–95]. По мнению В.В. Витрянского, под мерами оперативного воздействия понимаются предусмотренные законом односторонние действия кредитора по изменению либо прекращению обязательства [Витрянский В.В., 2002: 698–702].

Следующая черта мер оперативного воздействия заключается в том, что их применение носит восстановительный характер. Указанное свойство заключается в том, что анализируемые меры направлены на защиту нарушенного субъективного гражданского права в обязательственном отношении. Они применяются, когда нарушается договорное обязательство. Кроме восстановительного свойства, для оперативных мер характерна обеспечительная черта, выражающаяся в стимулировании участников гражданского оборота к надлежащему исполнению обязательств. Специфичен и механизм правового воздействия на нарушителя. Правовой эффект здесь достигается

благодаря тому, что применение мер приводит к изменению или прекращению правоотношения. Следовательно, применение оперативного воздействия носит юридический характер [Рыбаков В.А., Южанин Н.В., 2017: 16–21]. По юридической природе оперативные меры являются односторонними сделками, т.е. правомерными юридическими действиями, влияющими на изменение договорного правоотношения. Реализация данных мер в форме бездействия невозможна.

В случае неправомерного применения мер оперативного воздействия (с нарушением требований ГК РФ или иных федеральных законов), как отмечалось, лицо вправе оспорить их применение в суде. Возможность использования анализируемых мер принуждения связана с субъективным гражданским правом на оперативное воздействие.

В.В. Витрянский к разновидностям этого права относит право кредитора на односторонний отказ от исполнения обязательства (отказ от договора), право приостановить исполнение обязательства, право отказаться от предоставленных должником товаров, работ, услуг при ненадлежащем исполнении обязательства; право кредитора удерживать имущество должника и право распорядиться имеющимся у него имуществом должника [Витрянский В.В., 2002: 701].

Поскольку существование субъективных прав вне правоотношений невозможно, реализация охранительного права может быть только в самостоятельном правоотношении. Право на применение конкретной меры оперативного воздействия возникает, когда нарушаются договорное обязательство и субъективное право стороны обязательства. В этот же момент возникает охранительное правоотношение.

Право на оперативное воздействие и соответствующие меры реализуются в рамках данного правоотношения. При этом (в зависимости от вида меры воздействия) регулятивное правоотношение может прекратиться или развиваться наряду с оперативным охранительным правоотношением по реализации оперативных мер.

Обязанность исполнить регулятивное обязательство (оплатить работу, оказать услугу) направлена на удовлетворение имущественной потребности. Нарушение договорной обязанности является основанием применения мер оперативного воздействия. У правонарушителя при этом появляется самостоятельная охранительная обязанность восстановить нарушенное право. И хотя это право по своему объекту может соответствовать объекту регулятивной обязанности, но характер обязанности меняется. Это новая субъективная охранительная обязанность, направленная на защиту права, а не на удовлетворение имущественной потребности, как в регулятивном правоотношении. Эта обязанность и право на оперативное воздействие составляют содержание нового охранительного правоотношения, не представляют

собой изменение структуры исполнения регулятивного обязательства, как отмечается иногда в литературе.

Согласно ст. 359 ГК РФ кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи возмещению кредитору связанных с ней издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено.

Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков, но и возникшие из обязательства, стороны которого действуют как представители. Д.И. Мейер отмечал, что под правом удержания «разумеется право владельца чужой вещи не выдавать ее собственнику до исполнения лежащего на нем перед владельцем обязательства» [Мейер Д.И., 1997: 265].

Удержание — это способ обеспечения исполнения обязательств, который реализуется в акцессорном (регулятивном) обязательстве. Однако удержание — это и мера оперативного воздействия (мера принуждения), осуществляемая в охранительном правоотношении самостоятельными действиями кредитора. Мера оперативного воздействия, применяемая в рамках охранительного правоотношения, выражается в том, что потерпевшее лицо не выдает вещь, т.е. предпринимает определенные усилия, направленные на то, чтобы вещь не перешла в обладание другого лица. По своей форме такие действия могут быть самыми различными, в том числе иметь пассивный характер (в устной форме или письменной) [Сарбаш С.В., 2003: 145].

Б.М. Гонгало обоснованно полагает, что право на удержание является самостоятельным субъективным правом, которое характеризуется производностью, неделимостью и незаменимостью предмета удержания, а также правом следования [Гонгало Б.М., 2004: 189]. Данное право приобретает самостоятельные черты в охранительном правоотношении, будучи до этого правомочием на собственные юридические действия регулятивного субъективного гражданского права. Охранительная обязанность заключается в необходимости восстановить нарушенное право (оплатить вещь).

С.В. Сарбаш справедливо отмечает, что удержание может возникнуть исключительно после нарушения обязательства [Сарбаш С.В., 2003: 145]. По мнению Б.М. Гонгало, право удержания возникает при наличии предусмотренных законом оснований (ст. 359 ГК РФ) независимо от того, существуют ли на этот счет какие-либо указания в законодательстве применительно тому или иному виду гражданско-правовых обязательств [Гонгало Б.М., 2004: 188]. С этим следует согласиться. При этом вещь должна находиться у кредитора, чтобы он имел возможность ее удерживать.

Удержанием обеспечиваются только требования, связанные с этой вещью (общее правило). Однако в случае, когда стороны договорного отно-

шения являются предпринимателями, удержание вещи обеспечивает любые требования кредитора. Важно, чтобы вещь поступила во владение кредитора законно. С учетом сказанного, основанием возникновения обязательства по удержанию может быть неисполнение любого обязательства (не только по оплате вещи), если стороны действуют как предприниматели.

Должник обязательства вправе продать вещь, удерживаемую кредитором. В этом случае возникшее право удержания не прекращается. В обязательстве изменяется субъектный состав (появляется новый должник). Теоретически возможно изменение обязательства по содержанию. Возникшее право удержания реализуется кредитором обязательства своими действиями. Срок удержания зависит от того, когда будет исполнена обязанность по оплате вещи либо убытков. Кредитор может удовлетворить свои требования к должнику из стоимости в объеме и порядке, предусмотренных законом для удовлетворения требований, обеспеченных залогом (ст. 360 ГК РФ). Охранительное обязательство при этом прекращается, а нарушенное право восстанавливается.

По общему правилу (ст. 310 ГК РФ), односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. Однако одностороннее изменение условий обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, или односторонний отказ от исполнения этого обязательства допускается в случаях, предусмотренных законом.

Если исполнение обязательства связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, право на одностороннее изменение его условий или отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательской деятельности, за исключением случаев, когда законом или иным правовым актом предусмотрена возможность предоставления договором такого права другой стороне.

Закон также предусматривает возможность денежной компенсации в рассматриваемых случаях. Право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства. В судебной практике отмечается, что стороны вправе предусмотреть в договоре аренды сумму компенсации, которая должна быть выплачена одной из сторон при немотивированном одностороннем отказе от исполнения договора².

² Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 за 2016 г. // Утвержден Президиумом Верховного Суда 13.04.2016 / Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 5.

Новая ст. 450¹ ГК РФ предусматривает право на односторонний отказ от договора, который не был нарушен. Отказ может быть осуществлен уполномоченной стороной путем уведомления другой стороны об отказе от договора (исполнения договора). Договор прекращается с момента получения данного уведомления. Требование стороны об одностороннем изменении условий договора следует считать добросовестным только в том случае, когда изменение договора не повлечет для другой стороны дополнительные имущественные обременения (расходы) по сравнению с теми, которые такая сторона должна была нести в пределах надлежащего исполнения обязательства. В противном случае требование об одностороннем изменении договора является гражданско-правовой санкцией, примененной к стороне без ее согласия вне судебной процедуры. Такое поведение необходимо квалифицировать как недобросовестное и в удовлетворении требований соответствующей стороны следует отказать [Богданова Е.Е., 2010: 15].

В случае одностороннего отказа от договора (исполнения договора) полностью или частично, если такой отказ допускается, договор считается расторгнутым или измененным. При этом сторона должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно, как отмечалось. В противном случае суд может применить санкцию — отказ в защите права (ст. 10 ГК РФ).

В случае отсутствия у одной из сторон договора лицензии на осуществление деятельности или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства по договору, другая сторона вправе отказать от договора (исполнения договора) и потребовать возмещения убытков.

Если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последнего исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается.

Новое правило ст. 450¹ ГК касается отказа от осуществления права по договору. В ситуации, когда сторона, осуществляющая предпринимательскую деятельность, при наступлении обстоятельств, предусмотренных законом или договором и служащих основанием для осуществления определенного права по договору, заявляет отказ от осуществления этого права, в последующем осуществление этого права по тем же основаниям не допускается, за исключением случаев, когда аналогичные обстоятельства наступили вновь.

Например, если покупатель по договору поставки отказался от взыскания с поставщика неустойки, предусмотренной договором в случае просрочки поставки товара, то в последующем осуществление данного права по этому основанию не допускается, за исключением случаев, когда аналогичные основания (просрочка поставки) наступили вновь [Семякин М.Н., 2016: 176].

Эти правила применяются и при неосуществлении определенного права в срок, предусмотренный ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором.

Заключение

Право на применение мер самозащиты и мер оперативного воздействия является охранительным. Восстановительный характер анализируемых мер выражается в том, что они направлены на защиту нарушенного субъективного гражданского права вещного или обязательственного (договорного) отношения. Кроме восстановительного свойства, для данных мер характерна обеспечительная черта, выражающаяся в стимулировании участников гражданского оборота к надлежащему исполнению обязательств.

Меры самозащиты носят фактический характер. Они применяются при нарушении вещных прав. Осуществление мер самозащиты не влечет юридических последствий в виде изменения прав или обязанностей.

Применение мер оперативного воздействия приводит к изменению или прекращению правоотношения. Следовательно, реализация оперативного воздействия носит юридический характер. По юридической природе оперативные меры являются односторонними сделками. Ограничения здесь выражаются в соблюдении пределов правомерности их применения. В противном случае имеет место самоуправство, превышение пределов.

В целом применение вышеуказанных мер играет важнейшую роль в механизме защиты субъективных гражданских прав.



Библиография

Абова Т.Е., Кабалкин А.Ю. (ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. М.: Юрайт, 2006. 586 с.

Богданова Е.Е. Добросовестность участников договорных отношений и проблемы защиты их субъективных гражданских прав: автореф. дис.... д.ю.н. М., 2010. 22 с.

Бриных Е.В. Оперативные санкции — форма гражданско-правовой ответственности // Советское государство и право. 1969. N 6. С. 15–21.

Веретенникова С.Н. Меры самозащиты в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2004. 17 с.

Витрянский В.В. Ответственность за нарушение договорного обязательства / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 2002. С. 455–678.

Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. 345 с.

Грибанов В.П. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Советская юстиция. 1968. N 4. С. 27–33.

Диденко А.Г. Гражданско-правовые формы борьбы с нарушениями хозяйственных договоров: Автореф. дис. ... к. ю. н. Алма-Ата, 1971. 15 с.

- Егорова М.А. Односторонний отказ от исполнения договора по законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2006. 17 с.
- Ем В.С. Право на защиту / Гражданское право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 256–334.
- Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия: Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003. 16 с.
- Клейн Н.И. Комментарий к ст. 12 ГК РФ / Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный). М.: Норма, 2005. С. 25–29.
- Климанова Д.В. Самозащита владения: проблемы правовой квалификации // Юрист. 2017. N 4. С. 14–18.
- Кораблева М.С. Защита гражданских прав: новые аспекты / Актуальные вопросы гражданского права / под ред. М.И. Брагинского. М.: Статут, 1998. С. 125–137.
- Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Саратов: СЮИ, 1972. 542 с.
- Микшис Д.В. Самозащита в гражданском праве: автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2006. 16 с.
- Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М.: Юридическая литература, 1984. 370 с.
- Рыбаков В.А., Южанин Н.В. Реализация охранительной функции гражданского права с применением односторонних правозащитных мер // Юрист. 2017. N 16. С. 18–23.
- Свердлык Г., Страунинг Э. Способы защиты гражданских прав и их классификация // Государство и право. 1999. N 1. С. 45–52.
- Семякин М.Н. Изменение и расторжение договора / Гражданское право / под ред. Б.М. Гонгало. Т. 2. М.: Статут, 2016. С. 91–99.
- Сергеев А.П. Защита гражданских прав / Гражданское право Т. 1 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 2004. С. 211–249.
- Сергеев А.П. Комментарий к ст. 12 ГК РФ / Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть I / под ред. Н.Д. Егорова, А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2005. С. 33–38.
- Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: дис. ... к.ю.н. Свердловск, 1973. 220 с.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

Restoration of Violated Civil Rights out of Court



Denis Karkhalev

Professor, Civil Law Chair, Bashkir State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 15–69 Krasin St., Ufa 450076, Russian Federation. E-mail: dnk001rb@yandex.ru



Abstract

The article deals with the current problems of civil rights and liability protection in the implementation of the protective function of civil law in contractual and non-contractual relations with the help of self-defense measures and measures of operational impact.

The author believes that the main feature of self-defense measures is the compensatory nature. It is expressed in the fact that self-defense measures are applied in the event of a violation of subjective civil law (or when there is a threat of its violation) in order to protect the violated right. In connection with these features, self-defense is classified as a means of protecting civil law. The article contains a conclusion that could be considered disputable attempts of attributing to this method of protection of the right of action, which consists in the installation of alarms, locks, marking things, etc. In such a situation, there is no violation of civil law. The corresponding actions are aimed at preventing violations of civil rights, are not a measure of influence on a person and are implemented within the framework of a regulatory legal relationship. The necessary defense is used by civil law subjects to protect their personal non-property rights or property rights in a situation where the violator tries to destroy, damage or take possession of the property of the holder of the right to self-defense. The owner or holder of a non-property right has the right to take independent actions to protect their rights in the event of an unlawful encroachment on them. The latter is a legal fact that leads to the emergence of a protective relationship for the implementation of the necessary defense. Actions in conditions of extreme necessity are also implemented within the framework of a protective legal relationship. This legal relationship is aimed at ensuring the protection of absolute civil rights in conditions of extreme necessity caused by circumstances that do not depend on the will of the person, or the behavior of the subject of civil law (lawful or illegal actions). The law allows in such a situation, in order to protect a more important good, the possibility of causing less significant harm. A protective legal relationship for the implementation of this measure of self-protection occurs if there is a real threat to the life, health, property of the harmer or a third person, which must be protected from destruction or damage.



Keywords

protection of civil rights, liability in civil law, protective legal relations, self-defense, measures of operational impact, coercion.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

For citation: Karkhavev D.N. (2020) Restoration of Violated Civil Rights out of Court. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 90–111 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.90.111



References

Abova T.E. (2006) Comments to the Civil Code of Russia. Moscow: Yurayt, 586 p. (in Russian)

Bogdanova E.E. (2010) Conscientiousness of participants of contractual relations and protection of their subjective civil rights. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 22 p. (in Russian)

Brinykh E.V. (1969) Operational sanctions as a form of civil liability. *Sovietskoye gosudarstvo i pravo*, no 6, pp. 15–21 (in Russian)

Didenko A.G. (1971) Civil and legal forms of struggle against violations of economic contracts. Candidate of Juridical Sciences Summary. Alma-Ata, 15 p. (in Russian)

- Egorova M. A. (2006) Unilateral refusal to perform the contract under the legislation of the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 17 p. (in Russian)
- Em V.S. (2004) Right to protection. In: *The Civil Law*. Moscow: Wolters Kluwer, pp. 256–334 (in Russian)
- Gribanov V. P. (2000) *Implementation and protection of civil rights*. Moscow: Statut, 345 p. (in Russian)
- Gribanov V.P. (1968) Limits of application of operational measures in the supply of products. *Sovetskaya justitsia*, no 4, pp. 27–33 (in Russian)
- Karpov M.S. (2003) Civil and legal measures of operational impact. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 16 p. (in Russian)
- Klein N.I. (2005) Comments to Article 12 of the Civil Code. Comments to the Russian Civil Code. Moscow: Norma, pp. 25–29 (in Russian).
- Klimanova D.V. (2017) Self-defense of ownership: legal qualification. *Jurist*, no 4, pp. 14–18 (in Russian)
- Korableva M.S. (1998) Protection of civil rights: new aspects. In: *Current issues of civil law*. Moscow: Statut, pp. 125–137 (in Russian)
- Matuzov N.I. (1972) *Personality. Rights. Democracy*. Saratov: University, 542 p. (in Russian)
- Mikshis D.V. (2006) Self-defense in civil law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 16 p. (in Russian)
- Puginsky B.I. (1984) *Civil law means in economic relations*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 370 p. (in Russian)
- Rybakov V.A., Yuzhanin N.V. (2017) Implementation of the protective function of civil law with the use of unilateral human rights measures. *Jurist*, no 16, pp. 18–23 (in Russian)
- Sverdlyk G., Strauning E. (1999) Ways to protect civil rights and their classification. *Gosudarstvo i pravo*, no 1, pp. 45–52 (in Russian)
- Semyakin M. N. (2016) Modification and termination of the contract. In: *The Civil law*. Vol. 2. Moscow: Statut, pp. 91–99 (in Russian)
- Sergeev A.P. (2004) Protection of civil rights. In: *The Civil Law*. Vol. 1. Moscow: Prospekt, pp. 211–249 (in Russian)
- Sergeev A.P. (2005) Comment to the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Prospekt, pp. 33–38 (in Russian)
- Stoyakin G. Ya. (1973) Measures of protection in the Soviet civil law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Sverdlovsk, 220 p. (in Russian).
- Veretennikova S. N. (2004) Measures of self-defense in Russian civil law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Ekaterinburg, 17 p. (in Russian)
- Vitryansky V.V. (2002) Responsibility for violation of contractual obligations. In: *Contractual law. General provisions*. Moscow: Statut, pp. 455–678 (in Russian)

Смерть человека в контексте учения о лицах



Д.В. Пятков

Доцент, кафедра гражданского права Алтайского государственного университета.
Адрес: 656049, Российская Федерация, Барнаул, Социалистический проспект, 68.
E-mail: pitkov@yandex.ru



Аннотация

Взросшее внимание современных исследователей к наследию классиков российской цивилистики привело к тому, что обнаружены альтернативные подходы к пониманию фундаментальных положений гражданского права. Нередко оказывается, что забытое решение вопроса является гораздо более эффективным в теоретических исследованиях, в законотворческой деятельности и правоприменительной практике. Одной из таких находок является учение о лицах, согласно которому лицо и человек — совершенно разные понятия, между ними нет тождества, первое подчинено второму, как средство деятельности подчинено деятелю. При таком подходе лицо становится совокупностью юридических возможностей, предоставленных человеку, его правоспособностью. Взяв за основу разделение лица и человека, с одной стороны, и отождествление лица и правоспособности, с другой стороны, автор статьи предлагает по-новому прочесть фундаментальные положения гражданского законодательства о правоспособности. Автор приходит к выводу, что правоспособность не находится в безусловной зависимости от жизни человека. Опровергается распространенное мнение о прекращении субъекта права (физического лица) и гражданской правоспособности в момент смерти человека. Сделан вывод, что ст. 17 Гражданского кодекса Российской Федерации не содержит указания на момент полного прекращения правоспособности, а определяет только причину постепенного ее прекращения. Такой причиной автор вслед за законодателем называет смерть человека. Длительный процесс прекращения правоспособности с постепенным исчезновением отдельных ее элементов предложено называть деструкцией правоспособности. Вывод о сохранении физического лица, т.е. гражданской правоспособности после смерти человека, используется в критическом исследовании законодательства и позволяет автору сформулировать предложения по совершенствованию правового регулирования и правоприменительной практики в таких сферах общественной жизни, как наследование, банкротство, интеллектуальная собственность, государственная регистрация прав на недвижимое имущество. Предпринята попытка понять, почему современной отечественной и зарубежной цивилистикой утрачено понимание лица как правоспособности человека, а момент смерти человека стали считать моментом прекращения лица.



Ключевые слова

человек, лицо, физическое лицо, правоспособность, смерть, прекращение правоспособности, деструкция правоспособности, persona.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Пятков Д.В. Смерть человека в контексте учения о лицах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 112–133.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.112.133

Введение

В какой момент прекращается правоспособность гражданина? Вряд ли найдется специалист, которого этот вопрос поставит в тупик или хотя бы заставит задуматься. Ответ предсказуем: согласно ст. 17 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее — ГК РФ) правоспособность гражданина прекращается в момент его смерти. Об этом можно не только услышать от собеседников, но и прочитать в учебной литературе. Например, В.А. Белов пишет: «Правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается в момент наступления смерти (п. 2 ст. 17 ГК)» [Белов В.А., 2002: 78]. В том же смысле выражается и М.В. Кротов: правоспособность существует «до самой смерти», «до фактической смерти» [Кротов М.В., 2004: 116]. Таким образом, надо полагать, что после смерти человека его правоспособность не существует. Между тем в нашем праве нет нормы, которая определяла бы момент прекращения правоспособности. Статья 17 ГК РФ не в счет, в ней сказано о моменте возникновения и *причине* прекращения правоспособности: *смертью* прекращается правоспособность, т.е. сказано, *чем* она прекращается, а не *когда*. К слову, о смерти как причине прекращения правоспособности не сказано, что она непременно повлечет прекращение правоспособности. Тем более не уточняется, что смерть повлечет прекращение правоспособности в полном объеме.

Что же движет юристами, когда они связывают прекращение правоспособности с моментом смерти человека, да еще и приписывают это решение законодателю? Проблема в понятии лица, в частности, физического лица. В нашей юриспруденции общим стало понимание правоспособности как свойства физического лица, а физическое лицо рассматривается как человек. Без человека не может быть физического лица, а исчезновение последнего делает невозможным существование правоспособности. Ответ на вопрос о моменте прекращения правоспособности определен тождеством человека и физического лица. Образуется оппозиция: правоспособность/физическое лицо (человек).

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Разве не очевидно, что физическое лицо — это человек? Д.И. Мейер, например, нисколько не сомневаясь, признавал синонимами слова «человек» и «физическое лицо». Нарушать данное тождество и не считать некоторых людей физическими лицами — удел древних или некультурных обществ [Мейер Д.И., 1997: 84]. Е.В. Васьковский вполне определенно писал о людях как о лицах, о том, что живые люди становятся физическими лицами в момент рождения [Васьковский Е.В., 2003: 89]. Для современных отечественных исследователей также в целом характерно стремление отождествлять человека и физическое лицо. С.М. Корнеев, например, пишет о таких признаках и свойствах физического лица, как имя, гражданство, возраст, семейное положение, пол, состояние здоровья [Корнеев С.М., 2012: 9]. Эти же чисто человеческие характеристики применительно к физическим лицам использует И.А. Зенин [Зенин И.А., 2016: 34]. Современные авторы обычно не предпринимают даже скромных усилий, чтобы доказать тождество человека и физического лица, настолько это кажется очевидным.

Отождествление физического лица и человека, связанная с этим тождеством потеря правоспособности в момент смерти человека — настоящее бедствие современной юриспруденции. Она оказывается в тупике при сколько-нибудь существенном отклонении общественного отношения от привычного алгоритма действий живых людей. Это особенно заметно проявляется при наследовании, в сфере банкротства, в процессе применения законодательства о интеллектуальной собственности и государственная регистрация прав на недвижимое имущество. Выйти из тупика позволит другой взгляд на соотношение физического лица и человека, более точная оценка юридического значения смерти человека и ее влияния правовые отношения.

1. Неверное понимание физического лица и смерти человека в современной юриспруденции

Иногда проблема остается без особого внимания и кажется несуществующей по причине законодательных решений, столь же привычных и разумных, сколь и несовместимых с идеей тождества физического лица и человека. Самый яркий пример — сохранение гражданских правоотношений до объявления человека умершим. Цивилист, исключая гражданскую правоспособность после смерти человека, готов смириться с правоотношениями, если человек умер, но факт его смерти не установлен в обычном для таких случаев порядке. Ум цивилиста невозмутим: обычно он не признает правоотношения без правоспособности, без субъекта, но в данном случае не придает значения потере лица и жертвует учением о правоспособности, которого привык держаться. Ему важнее сохранить веру в тождество фи-

зического лица и человека, чем следовать сложившимся представлениям о правоотношении и механизме правового регулирования. Поэтому общим местом в учебной литературе стало утверждение: если объявленный умершим человек жив, то правоспособность его сохраняется, а если мертв, но не объявлен умершим, правоспособность его прекратилась.

Иногда юриспруденция готова навязать физическому миру новые законы, заставить время течь замысловатым, только юристу понятным образом. Стать собственником «сегодня шесть месяцев назад» можно только в юриспруденции, по нормам наследственного права. Как милый детский лепет мы готовы воспринимать фразу — «А у нас сегодня кошка родила вчера котят» — из стихотворения С. Михалкова. Надо полагать, юриспруденция требует более внятной речи. Насилие над временем в юриспруденции совершается во имя все той же идеи: субъект исчезает из правоотношений в момент смерти человека. Поскольку права собственности не может быть без собственника, наследник заменяет наследодателя с момента смерти последнего, даже если такую замену приходится производить задним числом. Здесь бы впору начать серьезно беспокоиться о состоянии доктрины и законодательства в том, что касается представлений о субъекте, но проблема выдается за особенность юриспруденции, преподносится как ее право на уникальные, пускай и странные решения.

Случается, что никакие ухищрения разума современных юристов не помогают создать даже видимость благополучия и проблема правосубъектности заявляет о себе во весь голос. В 2015 году были внесены поправки в Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»² (далее — Закон о банкротстве), способные вызвать недоумение не только у рядового гражданина, не искушенного в юриспруденции, но и у специалиста. Поправки, связанные с банкротством умерших граждан, вносились в Закон о банкротстве в 2015 году дважды: Федеральным законом от 29.06.2015 № 154-ФЗ «Об урегулировании особенностей несостоятельности (банкротства) на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ и Федеральным законом от 29.12.2015 № 391-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴. Приводя в действие нормы о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, законодатель установил порядок банкротства не только живых, но и умерших должников (ст. 223.1 Закона о банкротстве). Надо заметить, что это было, наверное,

² СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

³ СЗ РФ. 2015. № 27. Ст. 3945.

⁴ СЗ РФ. 2016. № 1 (часть I). Ст. 11.

наименее ожидаемое решение законодателя. Например, А.А. Кирилловых пишет, что банкротство гражданина в случае его смерти — это безусловная новация отечественного конкурсного права, и не была предусмотрена в рамках проекта закона о реабилитационных процедурах [Кирилловых А.А., 2015: 7–22]. Ожидания общественности были связаны с принципиальным решением вопроса о возможности банкротства граждан, в первую очередь, живых. О банкротстве умерших граждан если и думали, то в последнюю очередь. Все же эта идея не является новой для современного российского права. Р.В. Файзуллин пишет, что еще в 2001 г. В.Ф. Попондопуло предлагал «законодательно решить вопрос о возможности признания банкротами таких категорий граждан, как ... объявленные умершими или умершие» [Файзуллин Р.В., 2011: 73].

Неоднократно приходилось сталкиваться с весьма скептическим отношением коллег-юристов к этим новеллам банкротного законодательства. Глупость — можно было слышать и такие оценки нововведений. В некоторых научных публикациях, посвященных поправкам к законодательству о банкротстве, авторы пишут о банкротстве «наследственной массы», заменяя этим словосочетанием явным образом сформулированное законодателем наименование субъекта — «гражданин», т.е. человек, пускай и умерший [Шишмарева Т.П., 2015: 47–49] [Фролов И.В., 2016: 95–102] [Останина Е.А., 2017: 58–61]. В этом виден своего рода протест: авторы готовы вопреки букве закона персонифицировать имущественную массу, о чем прямо пишут, лишь бы не допустить банкротства покойника, о чем прямо пишет законодатель. Таких специалистов можно понять: если правом регулируется банкротство умершего гражданина, должно возникнуть соответствующее правоотношение, но как оно возможно в отсутствие субъекта-должника? Как можно банкротить того, кто для права не существует как субъект?

Проблема могла бы стать предметом заботы наследственного права и найти в нем адекватное решение. Но для наследственного права смерть должника — также камень преткновения, оно выглядит столь же нескладно и подозрительно в глазах взыскательного юриста, как и законодательство о банкротстве. Согласно п. 3 ст. 1175 ГК РФ, до принятия наследства требования кредиторов могут быть предъявлены к исполнителю завещания *или к наследственному имуществу*. Опять есть повод возмутиться: если право регулирует предъявление иска к имуществу, должно возникнуть соответствующее процессуальное правоотношение, но как оно возможно с объектом прав в роли ответчика? Неужели ответчик может не быть правосубъектным, или имущество приобретает качества лица? Можно сколько угодно апеллировать к иностранному законодательству и отечественной цивилистике до революционного образца, но современное гражданское право не признает

наследственную имущественную массу субъектом. Немного успокаивает то обстоятельство, что суд обязан приостановить рассмотрение дела до принятия наследства наследниками или перехода выморочного имущества к публично-правовому образованию. Все же логика права грубо нарушена уже самим принятием искового заявления.

Заметно, что законодатель пытается двигаться в различных направлениях, исключая друг друга и одинаково плохо соответствующих сложившимся в нашей юриспруденции понятиям о должном. Вряд ли правильным решением было бы «заморозить» общественные отношения, созданные должником при жизни, до появления его правопреемников. Такое решение способно причинить существенный вред кредиторам, поскольку наследственное правопреемство, в принципе, не скоро происходит, а при нежелании наследников вступать в обязательства должника и вовсе может затянуться на неопределенное время. Ведь удовлетворение требований кредиторов будет происходить не за счет личности бывшего должника или его правопреемников, а за счет имущества, доступного для обращения взыскания, а со временем состояние активов должника может только ухудшиться.

Странно, что идея, воплощенная в ст. 1175 ГК РФ, не была адаптирована законодателем для нужд банкротства. В то же время, предлагая в Законе о банкротстве совершенно иной алгоритм действий кредиторов после смерти должника, законодатель не счел нужным соответствующим образом изменить наследственное право. Необходимо сделать выбор: банкротим гражданина после его смерти, т.е. умершего человека, или предъявляем иск к имуществу бывшего должника. Но для начала нужно понять, насколько корректно сформулирована законодателем эта дилемма. Нет ли другого решения, которое в равной мере может быть распространено и на банкротство, и на обычные наследственные отношения, и будет в равной мере соответствовать запросам практики и требованиям доктрины?

Выше показаны лишь некоторые проявления большой проблемы в нашей юриспруденции: неверно понят субъект права, в частности, физическое лицо. Иначе эта проблема проявляется в авторском праве, когда законодатель вынужден производить подмену понятий в ст. 1228 ГК РФ: «*право авторства и право на имя неотчуждаемы и непередаваемы; авторство и имя автора охраняются бессрочно. После смерти человека защиту его авторства и имени может осуществлять любое заинтересованное лицо*». Почему охраняются бессрочно авторство и имя, а неотчуждаемы и непередаваемы права, которые тоже можно охранять? Но как сохранить субъективные право авторства и право на имя в качестве объектов охраны, если нет субъекта этих прав? Вот и приходится говорить об авторстве и имени, чтобы обеспечить их защиту в условиях, когда соответствующие права исчезают вместе с

субъектом. Но если нет прав автора, трудно говорить и о чьих-либо обязанностях, о правоотношениях, тогда и о правовой защите трудно говорить.

В судебной практике встает вопрос о правомерности государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость после смерти стороны в сделке (продавца, дарителя, получателя ренты и т.д.). Иногда человек умирает после подписания всех необходимых документов, включая заявление о государственной регистрации, но до совершения государственным регистратором записи в Едином государственном реестре недвижимости. Регистрация в таких случаях существенно меняет правовые отношения, затрагивая интересы не только живущего контрагента, но и других людей, например, наследников продавца, дарителя, получателя ренты. Возникают споры, в которых суды нередко признают государственную регистрацию противоправным актом. Это вполне предсказуемая реакция в условиях отождествления лица и человека, убежденности в том, что правоспособность человека исчезает в момент его смерти.

В определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации 13.02.2018 № 5-КГ17-242⁵ отмечается, что нижестоящие суды пришли к выводу о невозможности зарегистрировать переход права собственности к плательщику ренты на том основании, что правоспособность получателя ренты прекратилась с его смертью, а право на получение содержания с иждивением в обмен на квартиру неразрывно связано с личностью получателя ренты. Другими словами, по мнению судов, любые манипуляции с правами и имуществом от имени умершего человека должны быть прекращены, поскольку этому имени не соответствует правоспособность. Верховный Суд, отменяя решения судов первой и апелляционной инстанций и направляя дело на новое рассмотрение, не стал высказываться о судьбе правоспособности, но указал, что смерть получателя ренты не препятствует государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость по договору ренты. Конечно, можно подойти к разрешению данной коллизии с той точки зрения, что государственная регистрация ничего, по существу, не меняет в отношениях сторон, только фиксирует уже состоявшуюся смену собственника. Но такой взгляд на государственную регистрацию разделяется сегодня далеко не всеми специалистами, законодательство и судебная практика по данному вопросу противоречивы. Ясно, что на решения судов первой и апелляционной инстанций оказали влияние нормы о правоспособности, а не о государственной регистрации. Если бы суды иначе смотрели на соотношение понятий «человек» и «лицо», иначе читали ст. 17 ГК РФ, они могли бы дать положительную оценку действиям

⁵ Available at: URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71789462/> (дата обращения: 05.08.2020)

государственного регистратора, независимо от того, признают они за государственной регистрацией правоустанавливающую или правоподтверждающую функцию.

Тот же вопрос рассматривается в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 11.11.2011 № 1611-О-О⁶. Суды признали правомерной государственную регистрацию права собственности приобретателя недвижимости, состоявшуюся после его смерти, в условиях, когда приобретатель при жизни выразил свою волю на регистрацию и не отозвал соответствующее заявление. Примечательно, что заявитель был недоволен судебным толкованием ст. 17 ГК РФ, допускавшим приобретение имущества гражданином после его смерти.

2. Лица людей и их смерть по гражданскому праву: ретроспектива и современность

Почему законодатель, указывая момент возникновения правоспособности, не использует слово «момент», касаясь вопроса о ее прекращении? Откуда эта неопределенность временных рамок существования гражданской правоспособности? Формулировка, которую мы видим в ст. 17 ГК РФ, использовалась в советской и досоветской юриспруденции, а для последней тождество человека и физического лица было еще проблемой. Проблемным является это тождество и для западной юриспруденции, а в римской юридической традиции оно исключается.

Н.Л. Дювернуа, характеризуя своих современников, отмечал, что их «правосознание не ставит понятия личности так обособленно от человека, как это было у римлян» [Дювернуа Н.Л., 2004: 245]. Формулируя свою позицию по данному вопросу, Н.Л. Дювернуа считал возможным заявлять, что лицо в праве — это гражданская правоспособность. Е.Н. Трубецкой также критиковал своих современников за их узкореалистическое понимание лица в праве, он делал весьма полезный для современной юриспруденции вывод: «...вообще юридическая личность человека переживает его, как лицо, физически существующее» [Трубецкой Е.Н., 1917: 168].

В то же время Г.Ф. Шершеневич критикует теорию фикции за то, что она предположила, будто человек становится субъектом права. По этому поводу в 1911 году он писал так: «В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты — это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения ... субъект права есть только юридическое представление, все равно, идет ли речь о юридическом или о физическом лице» [Шершеневич Г.Ф., 2017: 127]. Нетрудно заметить, что

⁶ Available at: URL: <https://base.garant.ru/70108716/> (дата обращения: 05.08.2020)

Г.Ф. Шершеневич критиковал сторонников теории фикции не столько за их суждения относительно юридических лиц, сколько за их неверные представления о лицах физических. Теория фикции ошибочна своим противопоставлением юридических лиц физическим, как вымышленных (созданных объективным правом) лиц реальным (физически существующим).

Когда Г.Ф. Шершеневич пишет о лицах как юридических представлениях и центрах, около которых волей закона объединяются юридические отношения, он подтверждает лаконичный тезис Н.Л. Дювернуа о том, что лицо — это гражданская правоспособность. Несколькими десятилетиями позже в том же духе станет рассуждать и Г. Кельзен. Он признает, что у его современников стало привычкой отождествлять человека и физическое лицо, но в конечном счете заявит: «Т.н. физическое лицо также является искусственной конструкцией правоповедения — физическое лицо также является «юридическим» [Кельзен Г., 2015: 217]. Вот еще одно его утверждение: «Физическое лицо — это не человек, имеющий обязанности и права, а единство обязанностей и прав, которые в качестве своего содержания имеют поведение человека» [Кельзен Г., 2015: 218]. По Кельзену, физическое лицо в том смысле является юридическим лицом, оно «не природная реальность, но реальность юридическая, т.е. создаваемая правоповедением конструкция, вспомогательное понятие для описания юридически значимых фактических составов» [Кельзен Г., 2015: 219]. Заметно, что Кельзен часто использует слова «физическое лицо» в сочетании с выражением «так называемое».

О тождестве человека и физического лица при таком взгляде на правоспособность не может быть и речи. Образуется оппозиция: *человек / физическое лицо (правоспособность)*. Оппозиция эта не является плодом интеллектуальных усилий ни наших отечественных классиков, ни Г. Кельзена. Единодушие этих авторов в понимании субъекта права, лица обеспечено, по-видимому, древней юридической традицией, римской юриспруденцией. Впрочем, устанавливать и поддерживать эту связь весьма непросто. Нельзя сказать, что все названные здесь авторы в одинаковой мере причастны древней истине. Например, Е.Н. Трубецкой, заявляя о том, что юридическая личность переживает человека, не настаивает в категоричной форме на разграничении физического лица и человека при его жизни. В этом плане Н.Л. Дювернуа кажется более последовательным и решительным сторонником размежевания лиц и людей. Что же касается творчества Г.Ф. Шершеневича, то надо признать, что только в последние годы жизни он стал делать критические замечания в адрес теории фикции, пришел к выводу о принципиальном сходстве физических лиц и юридических, назвав всякий субъект права свойством человека [Шершеневич Г.Ф., 2016: 499]. Недаром за ним прочно закрепился титул сторонника теории фикции в российской юриспруденции [Козлова Н.В.,

2003: 17]; [Танимов О.В., 2014: 12]. Последние прижизненные издания его учебников потомки ему не засчитали. В связи с этим творчество Г.Ф. Шершеневича заслуживает более внимательного изучения, что станет не только данью уважения к великому цивилисту, но и хорошим поводом критически оценить основания современного отечественного права.

В советской юридической литературе сомнения насчет тождества физических лиц и людей почти не встречаются, мало кто сомневался, что правоспособность есть у субъекта, а сама правоспособность субъектом не является. Но влияния классиков не избежали и некоторые советские исследователи. Только удивление могут вызывать положения, найденные в советской учебной литературе: категории «субъект права» и «правосубъектность» по своему основному содержанию совпадают; «субъект права» («правосубъектность») — понятие широкое, в какой-то мере отличное от понятия «субъект (участник) правоотношения». Эти фразы, в которых выражена идея тождества субъекта (следовательно, лица) и правосубъектности (следовательно, и правоспособности), взяты из учебника С.С. Алексеева по общей теории права [Алексеев С.С., 1982: 139]. Удивление эти фразы вызывают хотя бы потому, что автор учебника руководствуется совершенно иными представлениями о лицах и правосубъектности. Несколько поколений юристов именно из этого учебника накрепко усвоили мысль, что правосубъектность как единство правоспособности и дееспособности является свойством лица, но никак не лицом: правосубъектность у лица, а не лицо. Как же приведенные выше фразы попали в учебник, почему С.С. Алексеев использовал их, никак не объясняя свой выбор и нисколько не развивая заложенный в них смысл? Они не стали объектом критики автора, он не использовал их в качестве аргумента. Зачем они ему понадобились?

О том, что различать человека и его физическое лицо, отождествлять лицо и правоспособность, — значит, мыслить по-настоящему юридическими категориями, во всяком случае, мыслить в духе тех, кому юриспруденция обязана своими категориями, т.е. римлян, пишут не только классики российской юриспруденции, как, например, Н.Л. Дювернуа, но и деятели современной зарубежной науки. Г.А. Гаджиев и Е.А. Войниканис отмечают сравнительное историческое исследование, проведенное Tzung-Mou Wu (Т.-М. Ву) из Тайваньской Academia Sinica, в котором показано, что «юридическая личность» и сам человек римскими юристами никогда не отождествлялись: слово *persona* использовалось с глаголами носить, представлять, исполнять, сохранять (*gerere, tenere, sustinere, suscipere* и т.п.), но никогда не употреблялось с глаголом «быть» [Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А., 2018: 33]. Современные российские специалисты в области римского частного права также обращают внимание на эту особенность римской юриспруденции.

Например, Д.В. Дождев пишет: «В гражданском обороте люди представлены не как таковые, а в той типичной социальной роли, которую правопорядок признает адекватной для соответствующих отношений. Право воспринимает субъекта прав и обязанностей в его внешних социально значимых проявлениях, абстрагируясь от особенностей, которые полагает несущественными. Идея универсальной типизированной роли субъекта правоотношения в римском праве выражается понятием лица — «persona» (первоначальное значение — «театральная маска»)» [Дождев Д.В., 2013: 288].

Разграничение понятий «физическое лицо» и «человек», связанная с этим разграничением независимость правоспособности от судьбы человека — выход для юриспруденции из самых сложных ситуаций. Нам не известна какая-либо проблема теоретического либо практического свойства, рождаемая разграничением указанных понятий. Польза разграничения очевидна. Норма п. 4 ст. 1152 ГК РФ о том, что принятое наследство признается принадлежащим наследнику со дня открытия наследства независимо от времени его фактического принятия, а также независимо от момента государственной регистрации права наследника на наследственное имущество, становится излишней, от нее можно отказаться: зачем приписывать наследнику право собственности задним числом, если он может получить это право от предшественника в обычном порядке, например, с момента принятия наследства? Ведь физическое лицо (persona) наследодателя не исчезает из правоотношений в один момент со смертью человека, оно может играть роль собственника сколько угодно долго, сохраняя соответствующие правоотношения, обеспечивая их трансформацию по мере вступления в них физических лиц-преемников.

Ретроактивное приобретение права собственности наследниками не решает основную проблему: как определить собственника после открытия наследства и до его принятия наследниками? До того, как наследник задним числом станет собственником имущества, собственником надо бы считать наследодателя, который уже умер, — проблема, если считать, что умер не просто человек, а умер субъект права, умерло физическое лицо. Е.Н. Трубецкой так комментировал эту ситуацию: «Чтобы признать права наследников, нужно признать, что права наследодателя, которые к ним переходят, представляют собою нечто не прекратившееся, длящееся после смерти наследодателя» [Трубецкой Е.Н., 1917: 169]. Но если права не прекращаются в момент смерти человека, следует допустить одну из двух ситуаций: либо права продолжают существовать без субъекта (в данном случае без физического лица), либо субъект этих прав (физическое лицо) продолжает существовать без человека. Второе допущение легко объяснить принципиальным разграничением человека и физического лица.

Что касается первого варианта, то идея бессубъектных прав, конечно, давно присутствует в юриспруденции, но вряд ли может составлять конкуренцию классическому пониманию юридической действительности, когда право обязательно субъектно. Вот как, например, реагировал на идею бессубъектных прав Н.Л. Дювернуа: «Более обличительного результата смещения понятий человека и лица в гражданском смысле нельзя придумать. Его нашел Виндшейд, натурально, не в римском праве, где его нет. Оно не нужно и для нашего права, ибо хотя у нас, иначе чем у римлян, личен всякий человек, но нет никакой надобности ограничивать применения личного сферой волеспособного человека и не допускать мыслить личности там, где она не дана непосредственно волей отдельно взятого человека» [Дювернуа Н.Л., 2004: 252]. Как видно, Н.Л. Дювернуа не соглашается оправдывать бессубъектными правами неприемлемое для него отождествление человека и лица. Напротив, скорее разграничением человека и лица он готов бороться с «ересью» бессубъектных прав.

Кстати, сам Н.Л. Дювернуа не остался в стороне от разрешения проблемы «лежащего наследства». Разумеется, он решал ее, разграничивая человека и его лицо в праве: «Когда уходит со сцены предположенный нами деятельный субъект гражданской правоспособности, то, с этим вместе, цельная в его лице сфера гражданских отношений не исчезает тотчас, вместе с ним. Свойство этих отношений личное, сосредоточенное, удерживается, временно, в известной степени неподвижности, в «лежащем наследстве» (*hereditas jacens*). Можно ли назвать это сосредоточенное состояние имущества безличным, хотя временно нет известного человека, определенного индивидуума, который давал бы *активный* характер этой сосредоточенной гражданской силе? Отнюдь нет, ибо для наличности гражданской правоспособности нет нужды (и не в одном этом случае) в непрестанно деятельном состоянии правоспособного субъекта» [Дювернуа Н.Л., 2004: 238].

Затронутой проблеме наследственного права можно дать еще один комментарий. Г.Ф. Шершеневич так описывал проблему правосубъектности при открытом не принятом наследстве: «По отношениям, установленным наследодателем, иски предъявляются к лицу умершего собственника (Уст. гражд. суд., ст. 215). Закон в этом случае считает как будто, что субъектом имущества продолжает быть наследодатель, но так как в действительности последний не существует как реальное лицо, то субъектом наследственной массы является фиктивное лицо, т.е. юридическое» [Шершеневич Г.Ф., 1995: 92]. Обращает на себя внимание легкость в использовании выражения «иски предъявляются к лицу умершего собственника». Не к умершему собственнику, а к лицу собственника. Сейчас так никто у нас не говорит. Вместе с тем в этой фразе противопоставлен человек его лицу: собственник (человек) и его лицо в праве — это различные явления.

При чтении этого отрывка из учебника русского гражданского права (1907 г.) создается впечатление, что Г.Ф. Шершеневич принципиально не возражает против разделения человека и его лица, вопрос для него лишь в том, будет это лицо физическим или произойдет его замена на юридическое лицо. Другими словами, если человек жив, то в правовых отношениях он представлен физическим лицом, а если человек умер, то в правовых отношениях он все еще представлен, но уже фиктивным, т.е. юридическим лицом. По причинам, теперь понятным, этот отрывок исчез из более позднего издания учебника (1911), где мы не находим прежнего противопоставления физических лиц юридическим как реальных лиц фиктивным лицам, где физические и юридические лица для Г.Ф. Шершеневича становятся явлениями одного порядка.

Говоря о «лежащем наследстве», классики пытались разглядеть лицо рядом с имуществом умершего человека. Мы же записали в ГК РФ, что кредитор наследодателя должен предъявлять иск к наследственному имуществу (ст. 1175). Вряд ли это прогресс. Законодательство о банкротстве должно рассматриваться как ориентир в совершенствовании наследственного права, но с одним уточнением: не умерший гражданин признается банкротом, как это буквально закреплено в законе, а его физическое лицо. Впрочем, сейчас только так и можно понять закон, поскольку умершего человека нет в общественных отношениях, а термины «гражданин» и «физическое лицо» синонимичны в контексте гражданского законодательства.

Р.В. Файзуллин, рассматривая состояние дел в германской юриспруденции по вопросам банкротства физических лиц, приводит весьма противоречивые суждения ученых и законодателя о фигуре должника в деле о банкротстве, возбужденном после смерти наследодателя-должника [Файзуллин Р.В., 2011: 76]. С одной стороны, немецкие юристы утверждают, что должником следует считать наследника (наследников), к нему предъявляются иски. С другой стороны, существуют законодательные нормы, из которых следует, что наследники — это доверенные лица или лица, ведущие чужие дела без поручения, в зависимости от того, успели они принять наследство или нет. Если так, почему они становятся ответчиками, именуются должниками, если остаются посторонними в делах наследодателя?

Но важнее другой вопрос: чьи дела они ведут без поручения и чьими доверенными лицами становятся? Если дела наследодателя — это дела умершего, утратившего правоспособность и покинувшего правоотношения, как можно вести дела того, кто вне правоотношений, не известен праву? Если все же наследники доверенные лица по отношению к наследодателю, почему же он не признается должником и ответчиком? Недосказанность о фигуре должника в деле о банкротстве, возбужденном после смерти наследодателя-

должника, является традиционной чертой германского законодательства. Еще Г.Ф. Шершеневич задавался вопросом: кто же здесь несостоятельный должник? [Шершеневич Г.Ф., 2000: 146]. Удивительно, что ни наследие римской юриспруденции, ни авторитет Кельзена не убеждают немецких юристов назвать должником физическое лицо умершего человека. В российском праве эта идея все-таки жива, но не владеет умами юристов, пока только припоминается ими.

Различая человека и его физическое лицо, можно обосновать сохранение и защиту субъективного права авторства и права на имя после смерти человека, создавшего произведение. Непередаваемость личных неимущественных прав не обуславливает их прекращения в момент смерти автора. Потеря человека в общественной жизни компенсируется соответствующим физическим лицом в правовых отношениях. Дело в том, что такое свойство личных неимущественных прав, как их непередаваемость, соотносится не с человеком как смертным участником общественной жизни, а скорее с его физическим лицом. Поскольку физическое лицо не отождествляется с человеком, т. е. субъект правоотношений остается только юридическим представлением человека, постольку утрата человека не обязательно приводит к потере субъективных прав, возникших при его жизни и сохранившихся к моменту его смерти. Если в этом есть необходимость (как в случае с правом авторства и правом на имя), законодатель может задержать субъективные права возле физического лица умершего человека. Другие права через определенное время перейдут к наследникам (например, право собственности) или сразу прекратятся (например, право на жизнь и здоровье).

Разграничением понятий «физическое лицо» и «человек», связанной с этим разграничением независимостью правоспособности от судьбы человека можно объяснить и оправдать практику Верховного Суда России, признающего правомерной государственную регистрацию перехода права собственности на недвижимость после смерти одного из участников сделки. Смерть человека не разрушает ни гражданско-правовые имущественные отношения, ни административные правоотношения. Физическое лицо умершего человека, т.е. его правоспособность позволяет завершить накопление юридического состава, необходимого для завершения начатой хозяйственной операции.

3. Причины искажения классического учения о лицах

Если вначале цивилистика различала человека и лицо, что же заставило многих ее деятелей отказаться от этого различия, столь удобного во многих аспектах правового регулирования? Может быть, потомки изобретательных

римлян стали постепенно забывать точное значение слов, ослабла интеллектуальная дисциплина юристов? Упомянутый выше Т.-М. Ву делает по данному вопросу весьма ценное замечание: представление о том, что юридическая маска и человек, который ее носит, суть одно и то же, закрепилось в европейской юриспруденции только в XIX в. во многом благодаря теории фикций Ф.К. фон Савиньи, основанной на тезисе, что действительными субъектами права могут быть только живые люди [Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А., 2018: 33]. Это утверждение Т.-М. Ву вполне правдоподобно, во втором томе своей «Системы современного римского права» Ф. фон Савиньи писал: «Я употребляю название «юридическое лицо» (которому тогда, стало быть, противостоит «физическое лицо», т.е. отдельный человек) только для того, чтобы выразить, что оно существует как лицо только благодаря этой юридической цели» [Савиньи Ф., 2012: 134].

Далее, Ф. Савиньи употреблял термин «физическое лицо» исключительно в значении «человек». Влияние Ф. Савиньи на юриспруденцию, в том числе российскую, нельзя отрицать, но что повлияло на самого Савиньи, почему он отождествил физическое лицо и человека, причем сделал это на страницах сочинения, посвященного римскому праву, даже не вступая в дискуссию о том, что такое «persona»? Объяснение этому может скрываться как в названии сочинения, где привлекает внимание слово «современного», так и в задачах, которые по его собственному признанию, сделанному в первом томе «Системы современного римского права», ставил перед собой автор: взять только те институты права, «которые имеют римское происхождение, однако с включением сюда их последующих изменений, даже если эти последующие изменения имеют происхождение, отличное от римского» [Савиньи Ф., 2012: 274].

Г.А. Гаджиев и Е.А. Войниканис, называя внешнюю для права причину, изменившую представление о человеке и лице, отмечают влияние философских концепций: «Очевидно, что существенную роль в объединении и смешении в юридическом понятии субъекта права понятий лица, маски и индивидуальной человеческой личности сыграла философия. В период, следующий за античностью, практически вся история европейской философии проходит под знаком самопознания человека и его места в мире» [Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А., 2018: 34].

По-видимому, отождествление человека и лица совпало с появлением в европейской юриспруденции понятия «физическое лицо», в котором нашли выражение существенные изменения в общественной жизни. О.С. Иоффе писал, что термин «физическое лицо» впервые ввела в обиход буржуазная естественно-правовая доктрина. Этому термину «...затем противопоставляются термины «моральное лицо» во французской и «юридическое лицо» в немецкой юриспруденции» [Иоффе О.С., 2000: 83]. Причины появления тер-

мина «физическое лицо» О.С. Иоффе объяснял следующим образом: «...для естественно-правовой доктрины «физическое лицо» — не просто термин, но и определенная логическая категория, подкрепляемая всем ее учением о естественном состоянии и отражении этого состояния в государственных законах. Действительно, если человек обладает прирожденными правами, которыми он наделяется самой природой и которые только фиксируются в государственных законодательных актах, то и субъектом права он становится как некое естественное творение, как психофизическая особь, лишь признаваемая государством, но не создаваемая им. А поскольку от природы все люди равны, то такое же их равноправие должно быть закреплено юридически» [Иоффе О.С., 2000: 83].

4. Критика современного представления о физическом лице и смерти человека

Можно предположить, что когда Д.И. Мейер пишет о синонимичности слов «человек» и «физическое лицо», он стремится подчеркнуть не тот факт, что люди — это лица, а то обстоятельство, что человеку не свойственно быть вещью, объектом. Неприятие рабства движет Д.И. Мейером, когда он называет человека физическим лицом, т.е. правоспособным по определению, с момента рождения.

Если всякий человек достоин правоспособности, надо ли называть его лицом? Право может предоставить лицо (*persona*) каждому человеку, не отождествляя его с лицом. Очевидно, правоспособность, *persona* — это большое благо для человека, гарантия обеспеченности людей этим благом находится не только в области права. Уклад всей общественной жизни, интеллектуальное и нравственное состояние человечества, в первую очередь, не позволяют возратить человека в разряд вещей. Отождествление человека с благом, которое гарантируется ему, кажется наивной попыткой словами удержать общество от трагических поворотов в его развитии. Ведь с таким же успехом можно заявить: человек есть деньги, чтобы усилить гарантию платы за труд; человек — это отдых, чтобы гарантировать ему это благо; человек суть здоровье и т.д. «Человек — это физическое лицо» — утверждение из того же ряда, хотя и отличается некоторой фундаментальностью. Пафос тождества лиц и людей должен был пройти мимо понятийного аппарата юриспруденции, изменив только ее принципы. Между тем, она поддалась его влиянию в большей степени, чем нужно для воплощения самых гуманных замыслов. В термине «физическое лицо» смешаны два разных мира, две реальности: материальная, чувственная, осязаемая и правовая. В таком смешении не было бы никакой опасности, если разные миры подчинялись бы единым законам.

От смещения они страдают оба: бессмертная по своей сути правоспособность безжалостно уничтожается цивилистами как приобретаемая свойства человека; люди теряют адекватное реалиям их жизни правовое регулирование, получая противоречивое законодательство или не получая его вовсе.

К сожалению, даже те современные специалисты, которые различают лицо и человека, знают и чтят классиков, не всегда последовательны в своих суждениях. Так, например, И.П. Грешников, основываясь на тех же литературных источниках, закономерно приходит к выводу: «Технический термин «лицо», *persona* (в переводе с лат. «образ, изображение, театральная маска, личина») есть термин абстрактный и употребляемый в тех случаях, где нужно обозначить обособленную правоспособность» [Грешников И.П., 2002: 10]. Лицо есть правоспособность; ни лицо, ни правоспособность не могут быть человеком: «Физические лица — это фикции, посредники между реальным миром и миром права» [Грешников И.П., 2002: 36]. Написано образно и в целом верно. Но по другим высказываниям И.П. Грешникова заметно, что он остается в плену современной юриспруденции, демонстрируя образ мыслей, плохо совместимый с идеями Н.Л. Дювернуа, Г.Ф. Шершеневича, Е.Н. Трубецкого, Г. Кельзена: «Существование физического лица неразрывно связано с биологической жизнью человека, со смертью человека «умирает» и его правовая личность, а юридическое лицо как субъект права сохраняется даже в случае ухода из жизни всех его членов» [Грешников И.П., 2002: 46]. Если физическое лицо не является человеком, зачем ему умирать вместе с ним? На чем основано утверждение, что физическое лицо неразрывно связано с биологической жизнью человека? Только не на римском праве и не на трудах наших классиков.

Примером необходимой последовательности в суждениях могут стать исследования Г.А. Гаджиева [Гаджиев Г.А., 2013: 320]; [Гаджиев Г.А., 2016: 56–64]; [Гаджиев Г.А., 2018: 15–30]. Он не только констатирует факт разделения понятий «человек» и «физическое лицо», а для начала заявляет о необходимости различать юридическую действительность и осязаемую, видимую физическую действительность. Г.А. Гаджиев предлагает категорию юридического концепта действительности, а затем, в том числе и на основе разграничения человека и физического лица, приходит к выводу, что субъект права, а, следовательно, и правоспособность, могут быть допущены законодателем и после смерти человека, и до его рождения. О правоспособности он прямо не пишет, но это следует из понятия «субъект права». Колоссальный эвристический потенциал юридического концепта как дополнительного измерения социального бытия человека, проистекающего отсюда размежевания лиц и людей, конечно, дает о себе знать и за пределами гражданского права, например в конституционном праве. Отказ понимать депутата как живое биологическое существо позволяет не обращать внимания на изме-

нения в составе депутатского корпуса, когда надо определить актуальность и юридическое значение инициатив депутатов предыдущего созыва. Напротив, если рассматривать депутата как человека, то вследствие замены людей с депутатскими полномочиями лишаются юридического значения, например, обращения депутатов предыдущего созыва в Конституционный Суд Российской Федерации [Гаджиев Г.А., 2016: 62].

Заключение. Конструктивное предложение: деструкция правоспособности как последствие смерти человека

Если правоспособность человека не прекращается в момент его смерти, значит ли это, что в момент смерти никаких изменений в правоспособности не происходит? Некоторые возможности, составляющие содержание правоспособности, неизбежно прекращаются в момент смерти (например, избирать место жительства). Другие имеют смерть только причиной своего прекращения, момент их прекращения может далеко отстоять от смерти (например, иметь имущество на праве собственности). Третьи способны сохраняться без ограничения срока (иметь права авторов результатов интеллектуальной деятельности, например, право авторства и право на имя). Статью 17 ГК РФ следует понимать так, что смерть прекращает правоспособность, но не обязательно в один момент и в полном объеме.

Процесс постепенного и не обязательно полного прекращения правоспособности можно обозначить термином «деструкция». В словарях и энциклопедиях «деструкция» определяется как разрушение, нарушение нормальной структуры чего-либо, разорение, упадок, опустошение. Этот термин более точно передает последствия смерти человека, ее влияние на правоспособность. Ведь даже «прекращение» не обязательно понимать как мгновенное полное исчезновение чего-либо. Слово «прекращается» в ст. 17 ГК РФ означает процесс, состояние, а не момент времени. Этим словом задано направление изменений правоспособности — она не возникает, а ее содержание не становится богаче, напротив, происходит ее разрушение, расстройство, угасание, сокращение. Словом «деструкция» удобнее выразить метаморфозы правоспособности умершего человека. В слове «прекращение» слышна некоторая стихийность, неизбежность исчезновения. Между тем, правоспособность целиком в руках законодателя. Она им сконструирована, им контролируется содержание и длительность ее существования. Не столько смерть человека разрушает правоспособность, сколько законодатель. Делает он это вынужденно, без удовольствия, но постепенно, сообразуя процесс разрушения правоспособности человека с потребностями общественной жизни.

Предлагаемое здесь понимание ст. 17 ГК РФ хорошо объясняет многие феномены в праве, например: оправдывает институт банкротства умерших граждан; позволяет избавить кредиторов умерших граждан от необходимости предъявлять иски к их имуществу (п. 2 ст. 1174, п. 3 ст. 1175 ГК РФ); обнаруживает непоследовательность законодателя, который, теряя из виду умершего человека, теряет вместе с ним и физическое лицо, объявляет объектом защиты авторство и имя умершего человека, а не право авторства и не право на имя, которые были объектом защиты прежде его смерти (сравн., напр., абз. 3 п. 2 ст. 1228 и п. 1 ст. 1251 ГК РФ). Утрата человека не вызывает потерю правоспособности с абсолютной необходимостью, поскольку субъект права никогда не тождественен человеку и его можно помыслить как элемент правового отношения после ухода человека из отношения общественного. В целом, такой подход, освященный римским гением, отечественной и зарубежной традициями, способен привести в порядок многие сферы правового регулирования. По нашему глубокому убеждению, он правильный.



Библиография

- Алексеев С.С. Общая теория права. Т. II. М.: Юрид. лит., 1982. 360 с.
- Белов В.А. Гражданское право: Общая часть М.: Юринформ, 2002. 639 с.
- Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003. 382 с.
- Гаджиев Г.А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности). М.: Норма, 2013. 320 с.
- Гаджиев Г.А. Идея юридической картины мира и ее использование в конституционном судопроизводстве // Юридический вестник ДГУ. 2016. № 4. С. 56–64.
- Гаджиев Г.А. Является ли робот-агент лицом? (поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики) // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 15–30.
- Гаджиев Г.А., Войниканис Е.А. Может ли робот быть субъектом права? (поиск правовых форм для регулирования цифровой экономики) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 4. С. 24–48.
- Грешников И.П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 331 с.
- Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 2013. 575 с.
- Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 1: Введение. Учение о лице. М.: Зерцало, 2004. 568 с.
- Зенин И.А. Гражданское право. М.: Юрайт, 2016. 655 с.
- Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2000. 777 с.
- Кельзен Г. Чистое учение о праве. СПб: Алеф-Пресс, 2015. 542 с.
- Кирилловых А.А. Банкротство физических лиц: новации законодательства о несостоятельности // Законодательство и экономика. 2015. № 6. С. 7–22.
- Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории. М.: Статут, 2003. 318 с.
- Корнеев С.М. Избранное. М.: Статут, 2012. 311 с.

Корнеев С.М. Граждане (физические лица) как участники гражданских правоотношений / Гражданское право. Т. 1. М.: БЕК, 1998. С. 105–168.

Кротов М.В. Граждане как субъекты гражданского права / Гражданское право: Т. 1. М.: Проспект, 2004. С. 108–139.

Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М.: Статут, 1997. 290 с.

Останина Е.А. Банкротство наследственной массы: в поисках баланса между интересами кредиторов и наследников // Судья. 2017. № 6. С. 58–61.

Савиньи Ф.К. Система современного римского права: В 8 т. Т. 1. 510 с. Т 2. 573 с. М.: Статут, 2012.

Танимов О.В. Развитие юридических фикций в эпоху нового времени // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 4–17.

Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М.: Мамонтов, 1917. 226 с.

Файзуллин Р.В. Процедура несостоятельности в отношении наследства по законодательству Германии // Цивилист. 2011. № 2. С. 73–78.

Фролов И.В. Банкротство гражданина: проблемы введения и модели правового регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 2. С. 95–102.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Спарк, 1995. 556 с.

Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М.: Статут, 2000. 477с.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права / Избранное. Т. 5. М.: Статут, 2017. С. 8–812.

Шершеневич Г.Ф. Общая теория права / Избранное. Т. 4. М.: Статут, 2016. С. 8–697.

Шишмарева Т.П. Особенности несостоятельности (банкротства) индивидуального предпринимателя в случае его смерти // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 9. С. 47–49.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Death of Man in Context of Study of Persons



Dmitriy Pyatkov

Associate professor, Civil Law Chair, Altai State University. Address: 68 Sotsialistichesky Prospect, Barnaul 656049, Russian Federation. E-mail: pitkov@yandex.ru



Abstract

The increased attention of modern researchers to the legacy of the classics of Russian civil law has led to the discovery of alternative approaches to understanding the fundamental tenets of civil law. One of these findings is the doctrine of persons, according to which a person (subject of law) and a man are completely different concepts, there is no identity between them, the first is subordinate to the second, as a means of activity is subject to the doer. With this approach, the person becomes a set of legal opportunities provided to the man, his legal capacity. Taking the separation of a person and a man, on the one hand, and the identification of a person and legal capacity, on the other hand, the author of the article concludes that legal capacity is not in absolute dependence on human life. The

author refutes the widespread opinion about the termination of a subject of law (natural person) and civil legal capacity at the time of death. It is concluded that Article 17 of the Civil Code of the Russian Federation does not contain an indication of the moment of complete termination of legal capacity, but determines only the reason for its gradual termination — the death of man. It was proposed to call the long process of termination of legal capacity with the gradual disappearance of its individual elements called destruction of legal capacity. The conclusion about the preservation of a natural person, that is civil legal capacity, after a death of man is used in a critical study of legislation and allows the author to formulate proposals for improving legal regulation and law enforcement practice in such areas of public life as inheritance, bankruptcy, intellectual property, state registration of rights to immovable property.



Keywords

man; person; natural person; legal capacity; death; termination of legal capacity; destruction of legal capacity; persona.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

For citation: Pyatkov D.V. (2020) The Death of Man in Context of Study of Persons. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 112–133 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.112.133



References

- Alekseyev S.S. (1982) *General theory of law*. Vol. II. Moscow: Juridicheskaja literatura, 360 p. (in Russian)
- Belov V.A. (2002) *Civil law: general part*. Moscow: Jurlitinform, 639 p. (in Russian)
- Dozhdev D.V. (2013) *The Roman private law*. Moscow: Norma, 575 p. (in Russian)
- Duvernua N.L. (2004) *Readings on civil law. The doctrine of person*. Moscow: Zertsalo, 568 p. (in Russian)
- Fayzullin R.V. (2011) Procedure of insolvency in respect of inheritance under the law of Germany. *Civilist*, no 2, pp. 73–78 (in Russian)
- Frolov I.V. (2016) Bankruptcy of a citizen: introduction and models of legal regulation. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 2, pp. 95–102 (in Russian)
- Gadzhiev G.A. (2013) *Ontology of law: a critical study of legal concept of reality*. Moscow: Norma, 320 p. (in Russian)
- Gadzhiev G.A. (2016) Idea of a legal picture of the world and its use in constitutional proceedings. *Juridicheskij vestnik DGU*, no 4, pp. 56–64 (in Russian)
- Gadzhiev G.A. (2018) Is robot-agent a person? *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 15–30 (in Russian)
- Gadzhiev G.A., Voinikanis E.A. (2018) May robot be a subject to the law? (legal forms for regulating digital economy). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 24–48 (in Russian)
- Greshnikov I.P. (2002) *Subjects of civil law: juridical person in law and legislation*. Saint Petersburg: Juridicheskij centr Press, 331 p. (in Russian)

- Ioffe O.S. (2000) *Selected works on civil law*. Moscow: Statut, 777 p. (in Russian)
- Kelsen G. (2015) *Pure theory of law*. Saint Petersburg: Alef, 542 p. (in Russian)
- Kirillov A.A. (2015) Bankruptcy of individuals: innovations in the law on insolvency. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 6, pp. 7–22 (in Russian)
- Kozlova N.V. (2003) *Concept and essence of a legal entity. Essay on history and theory*. Moscow: Statut, 318 p. (in Russian)
- Korneev S.M. (2012) *Selected works*. Moscow: Statut, 311 p. (in Russian)
- Korneev S.M. (1998) Citizens (individuals) as participants in civil legal relations. In: *Civil law*. Vol. I. Moscow: BEK, pp. 105–168 (in Russian)
- Krotov M.V. (2004) Citizens as subjects of civil law. In: *Civil law*. Vol. I. Moscow: Prospekt, pp. 108–139 (in Russian)
- Meyer D.I. (1997) *Russian civil law*. Vol. I. Moscow: Statut, 290 p. (in Russian)
- Ostanina E.A. (2017) Bankruptcy of the hereditary mass: in search of a balance between the interests of creditors and heirs. *Sud'ia*, no 6, pp. 58–61 (in Russian)
- Savigny F. (2012) *The system of modern Roman law*. Vol. I. 510 p. Vol. 2. 573 p. Moscow: Statut (in Russian)
- Shershenevich G.F. (1995) *Textbook of Russian civil law*. Moscow: Spark, 556 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2000) *Competitive process*. Moscow: Statut, 477 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2017) Textbook of Russian civil law. In: *Selected works*. Vol. V. Moscow: Statut, 812 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2016) General theory of law. In: *Selected works*. Vol. IV. Moscow: Statut, 697 p. (in Russian)
- Shishmareva T.P. (2015) Features of insolvency (bankruptcy) of an individual entrepreneur in the event of his death. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 9, pp. 47–49 (in Russian)
- Tanimov O.V. (2014) Development of legal fiction in modern age. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–17 (in Russian)
- Trubetskoy E.N. (1917) *Lectures on the encyclopedia of law*. Moscow: Mamontov, 226 p. (in Russian)
- Vas'kovskiy E.V. (2003) *Textbook of civil law*. Moscow: Statut, 382 p. (in Russian)
- Zenin I.A. (2016) *Civil law*. Moscow: Jurayt, 655 p. (in Russian)

Эволюция правового статуса оговорок: от «правила единогласия» Лиги Наций до Руководства Комиссии международного права по оговоркам 2011 года



А.С. Исполинов

старший партнер юридической фирмы «Лекс-Инвест», доктор юридических наук.
Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, Ленинский пр., 113/1, офис D404.
E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

В статье отмечается, что оговорки стали неотъемлемой частью процесса вступления в силу и действия подавляющего большинства многосторонних договоров, особенно тех из них, которые изначально ориентировались на максимальное количество государств-участников. Сочетание мягкого механизма контроля с гибким подходом к оговоркам, предложенным сначала Международным Судом ООН в Заключении (1951), а потом закрепленным в Венской конвенции о праве международных договоров (1969), стало залогом быстрой и практически всеобщей ратификации универсальных соглашений о правах человека. При этом эволюция правового статуса оговорок к международным договорам проделала замысловатую траекторию — от категорического неприятия оговорок, нашедшего отражение в «правиле единогласия» Лиги Наций, до либерализации этого режима после Консультативного заключения Международного Суда ООН 1951 г. и закрепления этой либерализации в соответствующих статьях Венской конвенции 1969 г., а затем — снова к ужесточению режима в решениях региональных судов по правам человека и контрольных квази-судебных органов ООН по правам человека, избравших приоритетом целостность соответствующего международного договора. В смягченной форме этот подход был повторен в Руководстве Комиссии международного права 2011 г. в виде положений об отделимости оговорки от акта о ратификации и обязанности государства выйти из договора в случае желания сохранить неправомерную оговорку. При этом Руководство скорее прояснило некоторые вопросы, чем модифицировало правовой режим оговорок. Ориентация Комиссии международного права на волю государств и их центральную роль в оценке правомерности оговорок показывает неоспоримую реальность современного права международных договоров, которая состоит в том, что государства больше заботятся о своем праве заявлять оговорки, нежели о праве контролировать оговорки, сделанные другими государствами, и видят в них удобный механизм самостоятельного определения степени участия в различных международных договорах. Подход к оговоркам, изб-

ранний региональными судами по правам человека и контрольными органами ООН, по-прежнему являет собой интересный, но пока не определяющий вектор в развитии правового регулирования оговорок.



Ключевые слова

международное право, оговорки, международный договор, правило единогласия, Заключение Международного Суда ООН, Руководство Комиссии международного права по практике в отношении оговорок.

Для цитирования: Исполинов А.С. Эволюция правового статуса оговорок: от «правила единогласия» Лиги Наций до Руководства Комиссии международного права по оговоркам 2011 года // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 134–161.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.134.161

Введение

50-летний юбилей Венской конвенции о праве международных договоров (1969) (далее — Венская конвенция, ВКПМД), отмеченный в 2019 го, дал возможность подтвердить ее первостепенное значение для современного международного права. В то же время Венская конвенция является одним из наиболее значительных достижений Комиссии международного права ООН (далее — КМП), которая потратила 20 лет на исследования, обсуждения и переговоры о кодификации права договоров и разработки текста, который в итоге и был принят на Венской конференции 1968–1969 гг. Как пишет один из активных ее участников, Конвенция является одним из наиболее значительных, если не самым значительным кодифицирующим договором [Brazil P., 1975: 225]. Выдающийся советский и российский юрист-международник Г.И. Тункин, в 1957–1967 гг. член КМП, принимавший самое активное участие в работе над проектом Венской конвенции, с гордостью отмечал в одной из своих публикаций: «Мы (члены КМП. — А.И.) никогда не колебались в отношении введения инноваций в существующее право, принимая во внимание изменяющиеся обстоятельства» [Tunkin G., 1993: 538].

Хотя ряд крупных и влиятельных государств (США, Франция, Индия, Иран и др.), не являются участниками Венской конвенции, вступившей в силу в 1980 г., они на практике ориентируются на ее нормы, что говорит, что на сегодня положения Конвенции приобрели статус обычных норм международного права. Все действующие международные суды и трибуналы, начиная с Международного Суда ООН (далее — МС ООН) и заканчивая региональными судами по правам человека (Европейский Суд по правам

человека, Межамериканский Суд по правам человека) и судами интеграционных объединений (Суд Европейского союза, Суд Евразийского экономического союза и др.), активно применяют правила Венской конвенции, в первую очередь ее нормы о толковании договоров.

Признание за нормами Венской конвенции статуса обычных норм международного права позволяет международным и национальным судам обходить временное ограничение, уставленное в ст. 4 ВКПМД, согласно которой Конвенция применяется только к международным договорам, заключенным уже после ее вступления в силу, т.е. после января 1980 г. Благодаря такому подходу судов правила Венской конвенции применяются к международным соглашениям, принятым задолго до 1980 г., в первую очередь к Уставу ООН и к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Европейская конвенция).

Тем не менее в праве международных договоров, где Венская конвенция занимает на сегодня центральное место, есть несколько тем, актуальность которых лишь возросла со времени принятия Конвенции. К ним, безусловно, относятся нормы, регулирующие статус оговорок к международным договорам. Среди исследователей сложился своего рода консенсус относительно того, что вопросы правового статуса оговорок остаются одной наиболее противоречивых частей права международных договоров [Swaine E., 2006: 307]. Вопросам оговорки к международным договорам, возражений на них, правовых последствий их недействительности посвящены многочисленные публикации зарубежных исследователей, чего, к сожалению, нельзя сказать об отечественной доктрине международного права, где на эту тему имеются лишь считанные работы.

При этом отметим, что эволюция правового статуса оговорок в международном праве проделала замысловатую траекторию — от категорического неприятия оговорок, нашедшего отражение в «правиле единогласия» Лиги Наций, до либерализации режима оговорок после Консультативного заключения МС ООН (1951) по делу об оговорках к Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него 1948 г. (далее — Конвенция о геноциде) и закрепления этого подхода в соответствующих статьях Венской конвенции. После чего последовало очевидное изменение подхода снова в сторону ужесточения — сначала в решениях региональных судов по правам человека и контрольных квази-судебных органов ООН по правам человека, а затем и в Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам¹, разработанном КМП в 2011 г., что ознаменовало появление нового режима регулирования оговорок, получившего название «Вена плюс» [Çali B., 2019].

В настоящей статье тема эволюции правового статуса оговорок к международным договорам изложена в следующем порядке. В параграфе 1 кратко

¹ Guide to Practice on Reservations to Treaties. Yrbk ILC II. 2011. Part 2.

изложены причины появления и широкого использования оговорок, а также их правовой статус до Второй Мировой войны. В параграфе 2 описана историческая основа современного режима оговорок, заложенная в Консультативном заключении МС ООН 1951 г., основные положения которого вошли практически без изменений в статьи Венской конвенции. Параграф 3 посвящен различным подходам международных судов и квази-судебных учреждений к решению вопросов совместимости оговорок и правовых последствиях недействительных оговорок.

1. Использование оговорок в международном праве

Оговорка к международному договору — сделанное государством при выражении согласия с обязательностью для него международного договора заявление, что то или иное положение данного договора для него действовать не будет. Фактически речь идет о согласии государства на обязательность договора под условием в виде исключения по тем или иным причинам применения для него ряда положений договора после его вступления в силу.

Первые оговорки к международным договорам появились в конце XVIII в. Считается, что оговорка США к договору Джея 1794 г. является первой оговоркой к двустороннему договору, а оговорки Швеции к Акту Венского конгресса 1815 г. являются первыми оговорками к многостороннему договору. Однако широкое распространение оговорки получили с конца XIX — начала XX вв. Так, в ставшей классической статье Р. Эдвардс отмечает, что использование оговорок было вызвано очевидными трудностями с формулированием согласованных правил, подлежащих применению всеми сторонами международного договора, поскольку возможность сделать оговорки к договорам значительно облегчала принятие текста, подписание и ратификацию этих договоров. Это, в свою очередь, положительно сказывалось на признании таких договоров государствами. В первую очередь оговорки оказались удобным инструментом для тех государств, которые в целом были готовы выполнять предусмотренные договором обязательства, но при этом не могли или не хотели следовать тому или иному отдельному положению договора [Edwards Jr. R., 1989: 363].

Практика также показывает, что при разработке проектов многосторонних договоров государства выбирают различные варианты решения вопроса об оговорках в данном договоре. Оговорки могут быть полностью запрещены самим договором, участникам договора может быть оставлена возможность делать любые оговорки либо эта возможность может быть ограничена требованиями как к форме оговорок, так и к их содержанию [Schabas W., 1995: 286]. В качестве примера приведем Договор о создании Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС), который в ст. 117 запрещает оговор-

ки к этому Договору, предлагая тем самым желающим участвовать в Договоре сделать выбор — соглашаться со всеми обязательствами и положениями Договора либо отказаться от самой идеи вступить в ЕАЭС. Не менее жесткая формула использована в ст. 120 Римского статута о создании Международного уголовного суда, которая гласит, что «никакие оговорки к настоящему Статуту делаться не могут».

Немного другая ситуация во Всемирной торговой организации (далее — ВТО), где само Соглашение о создании ВТО не разрешает оговорки, в то время как другие соглашения в рамках ВТО либо также их запрещают либо разрешают, но только с согласия всех государств-участников конкретного соглашения. Поскольку сейчас в ВТО состоит 164 члена, любое желание заявить оговорку к какому-либо из охваченных соглашений превращается в невыполнимую задачу. Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. в ст. 309 устанавливает, что «никакие оговорки к настоящей Конвенции или исключения из нее не могут делаться, кроме случаев, когда они явно допустимы в соответствии с другими статьями настоящей Конвенции».

Конвенция о геноциде и Международные пакты о правах человека (1966) вообще не содержат никаких положений об оговорках. Другие универсальные конвенции в сфере защиты прав человека, принятые уже после 1969 г., явно несли на себе влияние правил об оговорках, установленных Венской конвенцией. Так, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации женщин (1979) и Конвенция о правах ребенка (1989) допускают возможность заявлять оговорки, но при этом устанавливают, что оговорки, не совместимые с целями и задачами Конвенции, не допускаются. Американская конвенция о правах человека 1969 г. (далее — Американская конвенция) требует, чтобы оговорки были сделаны только в соответствии с положениями Венской конвенции.

В качестве примера особых требований к форме и содержанию оговорок приведем Европейскую конвенцию. Ее статья 57 устанавливает, что любое государство может сделать оговорку, но только, во-первых, к любому конкретному положению Конвенции, и во-вторых, в отношении того, что тот или иной закон, действующий в это время на территории данного государства, не соответствует этому положению. При этом любая оговорка должна содержать краткое изложение соответствующего закона. Кроме того, подчеркивается, что оговорки общего характера запрещены.

2. Правовое регулирование оговорок до Второй Мировой войны

Хотя установленные Венской конвенцией правила использования оговорок воспринимаются ныне как устоявшаяся данность, а сами оговорки как «обременительная, но все же необходимость» [Fitzmaurice M., 2006: 133],

стоит отметить, что так было далеко не всегда. В литературе отмечается, что до Первой Мировой войны существовала устоявшаяся обычная норма международного права, согласно которой любые сделанные оговорки должны быть приняты всеми остальными участниками договора, и только после этого они могут действовать для государства–заявителя [Peters J., 1982: 77]. Если хоть одно государство возражало против сделанной оговорки, то сделавшее оговорку государство могло эту оговорку отозвать и тогда становилось полноправным участником данного договора. Однако если государству — автору оговорки — она казалась критичной для его участия в данном договоре, и это государство не собиралось ее отзывать, считалось, что данный договор для сделавшего оговорку государства в силу не вступил. Иными словами, возражения хотя бы одного государства делали оговорку недействительной, что при отказе снять оговорку аннулировало сам акт о ратификации договора, и государство-заявитель оговорки признавалось не участвующим в этом договоре. Это правило единогласного принятия оговорки всеми остальными участниками договора гарантировало целостность договора, но за счет очевидного ограничения сферы его применения только странами, которые безусловно с ним согласились [Bourguignon H., 1989: 350].

Эта практика единогласного согласия с оговоркой была продолжена в рамках Лиги Наций, отсюда ее название — «правило Лиги Наций», согласно которому государство может заявить оговорку к еще не вступившему в силу договору при его подписании, ратификации или присоединении только с согласия уже ратифицировавших этот договор государств. Этот подход был подтвержден Комитетом экспертов Лиги Наций по прогрессивной кодификации международного права (аналога современной КМП) в его докладе². Доклад был утвержден Советом Лиги Наций, заявившим в резолюции от 17.06.1927, что Генеральный секретарь Лиги Наций (который являлся депозитарием по практически всем многосторонним договорам, заключенным в рамках Лиги Наций. — А.И.) «должен руководствоваться принципами этого доклада в отношении необходимости согласия всех государств-участников договора при рассмотрении вопроса оговорок, сделанных после окончания конференции, на которой был утвержден данный договор, если только на конференции не были принято другое решение³. Кроме того, эта же позиция в отношении оговорок была закреплена во влиятельном тогда Гарвардском проекте Конвенции о праве международных договоров.

Интересно, что несколько иной, более гибкий подход к оговоркам был разработан и применялся в 1930-х годах в рамках Панамериканского со-

² League of Nations Official Journal, 8th Year, no 7, p. 880.

³ League of Nations Official Journal, Minutes of the 45th session of the Council, pp. 770–772, 800–801.

юза — предшественника Организации американских государств). В рамках этого подхода (Панамериканской системы) требование общего согласия с оговоркой заменялось правилом, при котором сделавшему оговорку государству разрешалось стать стороной договора, если хотя бы одно государство-участник данного договора согласилось с этой оговоркой. При таком подходе только единогласная оппозиция (вместо единогласного согласия, как в Лиге Наций) делала оговорку недействительной. Сам же договор, к которому были сделаны оговорки, приобретал изменяемую геометрию: (а) оставался неизменным в отношениях между государствами, которые не заявили никаких к нему оговорок; (б) действовал между сделавшим оговорку государством и государствами, принявшими эту оговорку; (в) не действовал между государством, сделавшим оговорку, и государством, возразившими на нее (своего рода правовая аномалия, когда два государства могли быть участником одного и того же многостороннего договора, при этом не имея между собой отношений в рамках данного договора). Такой подход получил название доктрины «частичной действительности» оговорок [Peters J., 1982: 80– 84].

3. Консультативное заключение Международного Суда ООН (1951)

Ситуация с правовым статусом оговорок кардинально изменилась в 1951 г., когда, отвечая на запрос Генеральной Ассамблеи ООН, МС ООН принял Консультативное заключение (далее — Заключение) насчет оговорок к Конвенции о геноциде (Reservations Case)⁴. В Заключении МС ООН отошел от классического подхода Лиги Наций, заявив, что требование единогласного принятия оговорок участниками договора не является устоявшейся нормой международного права и не может быть применено к многосторонним договорам, особенно к договорам о правах человека, требующих более гибкого решения вопроса об оговорках. В этом отношении Суд избрал вполне прагматичный подход, принимая во внимание, что действовавший принцип единогласия на глазах переставал работать в силу все возрастающего количества государств, вовлеченных в разработку договоров, и вполне понятного желания максимальной ратификации наиболее важных договоров.

По мнению Суда, необходимо найти баланс между, с одной стороны, желанием, чтобы Конвенция о геноциде охватывала как можно больше государств, пусть и с оговорками, и, с другой стороны, целостностью и единством самого договора. Если международный договор (в данном случае Конвенция о геноциде) ничего не говорит об оговорках, это не значит, что

⁴ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion [1951] ICJ Rep. 24.

они запрещены. По мнению МС ООН, главное, чтобы сделанные оговорки были совместимы с объектом и целями Конвенции. Введя таким образом тест на предмет совместимости оговорок с объектом и целями договора и указав, что этот тест должен проводиться остальными участниками договора индивидуально, МС ООН вынужден был также дать ответ на вопрос о правовых последствиях возражений на оговорку, исходя из трех возможных вариантов (оставляя при этом окончательный выбор за каждым государством-участником договора):

Государство возражает на оговорку, но при этом считает ее совместимой с объектом и целью договора; в результате положение договора, на которое сделала оговорка, не будет применяться между государством-автором оговорки и государством, которое на нее возражает.

Государство возражает на оговорку, полагая, что она противоречит объекту и цели договора, но не настаивает на том, что в этом случае договор не действует между государством, сделавшим оговорку, и государством, возразившими на нее. Последствия в этом случае будут такие же, как в первом варианте.

Государство не только возражает на сделанную оговорку по причине ее несовместимости объекту и целям договора, но и заявляет, что если оговорка не будет снята, то договор в целом не будет действовать между автором оговорки и возразившим на нее государством (в этом случае получается повторение правовой аномалии панамериканской системы, когда два государства являются участниками одного и того же многостороннего договора, но не имеют договорных отношений между собой).

Стоит отметить, что Генеральная Ассамблея после получения Заключения МС ООН сначала просила Генерального секретаря ООН применять предложенный МС ООН подход не только к Конвенции о геноциде, но и ко всем многосторонним договорам, которые будут заключаться в будущем под эгидой ООН⁵, а затем отдельной резолюцией распространила такой порядок на все договоры, заключенные в рамках ООН до 1952 г.⁶

4. Разработка и принятие положений об оговорках в рамках Венской конвенции

По оценкам исследователей, Заключение МС ООН по делу об оговорках самым радикальным образом повлияло на работу КМП в области права международных договоров в 1960-годы [Pellet A., 2013: 326]. Интересно, что первоначальная реакция КМП на Заключение была резко отрицательной.

⁵ GA Res. 598(VI) of 12 January 1952.

⁶ GA Res. 1452 B (XIV) of 7 December 1959.

КМП, мнение которой об оговорках к Конвенции о геноциде также было запрошено Генеральной Ассамблеей в той же резолюции, в том же 1951 г. заявила в докладе, что критерий совместимости оговорок с объектом и целями договора, примененный МС ООН в Консультативном заключении, не подходит в целом к многосторонним конвенциям⁷.

Однако стремительное распространение в ООН и за ее пределами новой практики в отношении оговорок заставило КМП изменить ее мнение, и в итоге при разработке Комиссией проекта Венской конвенции был выбран подход, предложенный в Заключении МС ООН. Однако этот вопрос вызвал напряженные дебаты и разногласия среди членов КМП при разработке соответствующих положений проекта Конвенции. Ряд членов КМП опасался, что разрешение делать оговорки к многосторонним договорам может разрушить единство договора, в то время как другие исходили из необходимости учитывать политическую волю государств, направленную на участие как можно большего числа сторон в договорах.

В статье 2 Венской конвенции дается определение понятия «оговорка» — это «одностороннее заявление в любой формулировке и под любым наименованием, сделанное государством при подписании, ратификации, принятии или утверждении договора, или присоединения к нему, посредством которого оно желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора в их применении к данному государству». Стоит отметить, что слова «в любой формулировке и под любым наименованием» были добавлены как раз в ходе обсуждения проекта КМП на Венской конференции по праву договоров.

В соответствии со ст. 19 не разрешаются оговорки, когда: (а) любые оговорки запрещены самим договором; (б) когда договор разрешает лишь определенные оговорки, в число которых данная оговорка не входит и (в) оговорка несовместима с объектом и целями договора. В этом случае тест совместимости оговорок объекту и целям договора, предложенный МС ООН для договоров о правах человека, был распространен на все виды международных договоров.

Статья 20 говорит о принятии оговорок и о возражениях против них. Благодаря усилиям ряда стран и не в последнюю очередь — СССР, на Конференции это положение проекта было изменено, и в финальный текст вошла формулировка, согласно которой разрешенные оговорки не требуют согласия других участников договора, если иное не установлено самим договором. Возражение другого государства на оговорку не препятствует вступлению в силу договора между государством, сделавшим оговорку, и возражающим против нее, если только возражающее государство определено

⁷ Reservations to Multilateral Conventions. Report of the International Law Commission. 1951 Yearbook of the International Law Commission, 1951, vol. II, § 24.

не заявит об ином. Для сделавшего оговорку государства оговорка изменяет действие положений, в отношении которого она сделана.

Так, например, если какое-либо государство сделало оговорку об исключении для него действия статьи договора об обязательной юрисдикции МС ООН, то ни одно другое государство-участник данного договора не может привлечь заявившее такую оговорку государство в МС ООН в качестве ответчика по спорам, вытекающим из этого договора. Возражения на оговорку, сделанные другим государством, не отменяют ратификацию данного договора, сделанную государством-автором оговорки, а лишь делают положение договора, ставшее предметом оговорки, неприменимым в отношениях между заявителем оговорки и возразившим государством. Иными словами, в случае оговорки, исключающей юрисдикцию МС ООН, ни автор оговорки, ни возразившее государство не смогут инициировать разбирательство против друг друга в МС ООН в рамках данного договора. Единственное условие в отношении возражений на оговорку — это требование о пресекательном сроке для таких возражений, согласно которому они должны быть заявлены в течение 12 месяцев со дня появления оговорки. Молчание других государств в ответ на сделанную оговорку приравнивается к ее принятию.

В том, что касается оговорок, несовместимых с объектом и целями договора, разработанный КМП проект, а вслед за ним — и текст Венской конвенции следовали подходу, предложенному МС ООН в его Консультативном заключении, а именно, индивидуальному горизонтальному контролю за совместимостью оговорок, что было явным шагом в сторону как раз субъективности [Brazil P., 1975: 232].

Самым серьезным и очевидным недостатком такой позиции являлась неизбежная вероятность того, что государства могут прийти к различным и даже противоречащим мнениям как относительно того, что является предметом и целью конкретного договора, так и в отношении несовместимости той или иной оговорки с объектом и целью (даже если мнение об объекте и целях договора у стран совпадают). Чем больше участников в том или ином договоре, тем выше риски появления такой какофонии, создающей ощутимую правовую неопределенность в отсутствие независимого арбитра (третьей стороны), уполномоченного сторонами данного договора решать эти вопросы.

5. Практика применения государствами и международными судами положений Венской конвенции об оговорках

В современных условиях правила Венской конвенции в отношении оговорок воспринимаются как государствами, так и международными судами как давно устоявшиеся и отражающие нормы обычного международного

права. Даже те государства, которые не являются участниками Венской конвенции (США и Индия), в итоге привели свою практику в отношении оговорок в соответствие с Конвенцией.

Отмеченные выше вопросы в отношении несовместимых оговорок, не нашедшие решения в Венской конвенции, оказались за это время предметом нескончаемых доктринальных споров, в центре которых практически всегда оказывалась крайне противоречивая практика государств в отношении оговорок, сделанных к универсальным и региональным договорам о защите прав человека [Осьминин Б.И., 2012: 1111]. За время, прошедшее с момента принятия Венской конвенции, стало очевидно, что наибольшее количество оговорок самого разного рода делается государствами как раз к таким договорам. Государства стали рассматривать возможность заявить оговорки как удобный инструмент, позволяющий взглянуть на договор как «меню», из которого можно безболезненно что-то выбрать, а от чего-то можно отказаться. Именно осознание такой возможности позволило США (а затем и другим странам) в 1990-х годах решиться на ратификацию Международного пакта о гражданских и политических правах (1966) и ряда других универсальных договоров о правах человека, отойдя от принятой в конце 1940-х годов и крайне уязвимой для критики жесткой политики неучастия в таких договорах [Bradley C., Goldsmith J., 2000: 414–416].

Такой гибкий подход к оговоркам помог достичь близкой к универсальной степени участия государств в международных соглашениях о правах человека, но ценой заявления многочисленных оговорок. Например, рекордсменом по степени участия стала Конвенция о правах ребенка, которая была ратифицирована всеми государствами мира, за исключением США и Сомали. Но платой за это стала многочисленные оговорки, заявленные каждым третьим государством-участником этой Конвенции. Некоторые страны (в первую очередь исламские государства) сопровождают ратификацию этих договоров настолько широкими оговорками, что они лишают участие государства в этом договоре смысла. Как отмечает в своем исследовании Т. Титова, в данном случае ратификация является скорее политическим шагом, чем реальным стремлением изменить правовое (или порой бесправное) положение ребенка в семье, обществе, государстве [Титова Т.А., 2003: 83].

При этом стало очевидным, что система горизонтального контроля за совместимостью и правомерностью оговорок, предусмотренная Заключением МС ООН 1951 г. и воспринятая Венской конвенцией 1969 г., оказалась неэффективной, поскольку подавляющее большинство государств очень часто в силу различных причин игнорирует заявление государствами даже очевидно неразрешенных оговорок. В совместном особом мнении по делу *Armed Activities on the Territory of Congo* судьи МС ООН приводили такие цифры

по состоянию на 2008 г.: к Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него оговорки заявили 28 государств, и только 18 из них выдвинули возражения, к Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г. — 57 и 26 соответственно, к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации женщин 1979 — 75 и 18, к Международному пакту о гражданских и политических правах — 58 и 17, к Международному пакту о социальных и экономических правах — 45 и 10, к Конвенции о правах ребенка 1989 — 74 и 13 соответственно⁸.

Система коллективного контроля, предусмотренная в ст. 20 Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965), при которой оговорка считалась несовместимой, если по крайней мере две трети государств-участников Конвенции возражают против нее, оказалась интересной в теории, но не работающей на практике. Как отмечают исследователи, со времени вступления этой Конвенции в силу в 1969 г., данный механизм не был использован ни разу в силу невозможности набрать требуемые две трети [McGrory G., 2001: 822]. Более того, как отмечает Б. Кларк, возражения на оговорку не являются чисто правовой оценкой оговорки, а предоставляют собой результат сложения различных (иногда сиюминутных) политических и внеправовых факторов [Clark B., 1991: 301]. В качестве убедительного примера Г. Мак-Грори приводит ситуацию с идентичными оговорками, сделанными Гайаной и Тринидадом и Тобаго к Факультативному протоколу № 1 к Международному пакту о гражданских и политических правах. В то время как оговорка Гайаны встретила возражения Финляндии и Польши, эти две страны не возразили на оговорку Тринидада и Тобаго. С другой стороны, Дания, Норвегия, Ирландия и Италия возразили на оговорку Тринидада и Тобаго, но промолчали в ответ на такую же оговорку Гайаны.

Еще одним доказательством неэффективности системы горизонтального индивидуального контроля является то, что даже в тех возражениях, в которых мотивировано говорится о недействительности или ничтожности оговорок, тем не менее, практически во всех случаях авторы этих возражений не выступают против вступления договора в силу и даже высказываются за установление договорных отношений с автором оговорки. Эта ситуация привела к тому, что ряд авторов в целом негативно оценивает режим оговорок, предусмотренный Венской конвенцией, утверждая, он серьезно «перекошен» в сторону государств, заявляющих оговорки, которые практически всегда получают то, что хотят, невзирая на мнение других государств в форме согласия, молчания или возражения [Marsh L., 2015: 100].

⁸ ICJ. *Armed Activities on the Territory of Congo (New Application: 2002)*; (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), *Jurisdiction and Admissibility. Judgment*, I.C.J. Reports of 2006, p. 6.

5.1. Европейский суд по правам человека

Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) несколько раз в своих решениях касался темы оговорок к Европейской конвенции. Однако наибольшую известность получили решения по делам *Belilos v Switzerland*⁹ и *Loizidou v Turkey*¹⁰ благодаря новому подходу, предложенному ЕСПЧ к неразрешенным оговоркам.

Решение по делу *Belilos v Switzerland* вошло в историю международного правосудия как первое судебное решение, в котором оговорка была признана недействительной. В данном решении ЕСПЧ впервые заявил о своей компетенции рассматривать вопросы соответствия оговорок требованиям Европейской конвенции исходя из своего права толковать ее и самому решать вопросы своей юрисдикции. Суд ставил без внимания аргументы Швейцарии, что заявленная ею оговорка в форме Декларации: (а) не противоречит объекту и целям Европейской конвенции и (б) на нее не поступило никаких возражений со стороны других государств и со стороны депозитария Конвенции, что, по общему правилу, говорило о молчаливом согласии с ней государств-участников Конвенции. Тем самым ЕСПЧ отказался принимать во внимание режим индивидуального горизонтального контроля за оговорками исключительно со стороны государств, решив его игнорировать. Кроме того, установив недействительность оговорки, Суд тем не менее заявил, что несмотря на это, Европейская конвенция является для Швейцарии полностью обязательной без учета оговорки, отделив тем самым оговорку от акта ратификации.

В деле *Loizidou v Turkey* ЕСПЧ рассматривал правовой статус и действительность оговорки, сделанной Турцией в ее Декларации о признании юрисдикции ЕСПЧ и права частных заявителей на подачу жалобы в ЕСПЧ (эти вопросы на тот момент требовали отдельного признания каждого члена Совета Европы). По этой оговорке Турция ограничивала юрисдикцию ЕСПЧ по рассмотрению жалоб частных лиц лишь событиями в пределах границ Турции, не желая, чтобы Суд рассматривал жалобы в отношении событий на Северном Кипре. Именно исходя из своего понимания Европейской конвенции как «живого инструмента», а также принимая во внимание последующую практику государств-членов Совета Европы (абсолютное большинство из которых признали юрисдикцию ЕСПЧ без территориальных ограничений), Суд пришел к выводу, что территориальные ограничения действия Европейской конвенции являются недопустимыми и, соответ-

⁹ ECHR, *Belilos v Switzerland* (1988), 132 Eur Court HR (ser A) 7; 10 EHRR 466.

¹⁰ ECHR, *Loizidou v Turkey* (1995), Preliminary objections, 310 Eur Court HR (ser A) 7, 20; 20 EHRR 99, 127.

ственно, недействительными. Принимая во внимание текст Декларации, а также специальный характер Европейской конвенции как договора о правах человека, ее объект и цели, Суд пришел к выводу о необходимости и возможности отделения положения о территориальных ограничениях от общего согласия Турции на юрисдикцию Суда при сохранении для Турции обязательного характера всей Декларации¹¹.

5.2. Межамериканский суд по правам человека

Межамериканский суд по правам человека (далее — МАСПЧ) рассматривал вопросы оговорок в целом ряде своих решений, однако наибольшую известность получило Консультативное заключение № 2 (ОС-2182) от 24.09.1982¹². В Заключении Суд отметил, что особый характер Американской конвенции состоит в том, что ее объектом и целью является защита основных прав человека от действий любого государства-участника Конвенции, которое имеет обязательства перед частными лицами, а не перед другими государствами. В силу этого было бы неверно ставить вступление в силу Конвенции для государства, ратифицировавшего ее с оговорками, в зависимость от согласия других государств. Исходя из этого, ко всем сделанным к Конвенции оговоркам должны применяться не общие нормы об оговорках, а положения п. 1 ст. 20 Венской конвенции, согласно которому «оговорка, которая определено допускается договором, не требует какого-либо последующего принятия другими договаривающимися государствами, если только договор не предусматривает такого принятия». Иными словами, оговорка, независимо от оценки совместимости, не может сама по себе препятствовать вступлению в силу Конвенции для заявившего оговорку государства.

В другом Консультативном заключении №3 об ограничениях смертной казни¹³ наиболее важным выводом Суда было утверждение о том, что только контрольные органы Американской конвенции, включая сам Суд, но не государства, имеют право последнего слова при решении вопроса о соответствии той или иной оговорки объекту и целям Американской конвенции. Кроме этого, в этом Заключении МАСПЧ отметил принципиальную возможность заявления государствами оговорок к материальным правам и свободам, защищаемым Американской конвенцией, отдельно оговорив, что бланкетные оговорки к праву на жизнь являются несовместимыми с объ-

¹¹ ECtHR. *Loizidou v Turkey*. § 96.

¹² IACtHR. *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, Advisory Opinion OC-2/82 of 24 September 1982.

¹³ IACtHR. *Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*. Advisory Opinion OC-3/83 of 8 September 1983.

ектом и целями Конвенции. Тем не менее оговорки, направленные лишь на ограничение некоторых аспектов права на жизнь, не могут заранее считаться недействительными при условии, что они не лишают защищаемое право его цели.

В решении по делу *Hilaire v Trinidad and Tobago*¹⁴ МАСПЧ, следуя практике ЕСПЧ, также воспринял доктрину отделимости оговорок. В этом деле МАСПЧ рассматривал оговорку, сделанную государством-ответчиком, о том, что юрисдикция МАСПЧ не должна противоречить положениям национальной конституции. По мнению Суда, признание юрисдикции Суда является фундаментальным положением (*cláusula pétrea*), в отношении которого не может быть ограничений, кроме прямо предусмотренных в самой Конвенции. Это подразумевает, что оговорка очевидным образом несовместима с объектом и целями Конвенции. Суд также не воспринял аргумент государства-ответчика, что, если оговорка к признанию обязательной юрисдикции МАСПЧ будет признана недействительной, то и согласие на такую юрисдикцию потеряет силу. МАСПЧ признал свою юрисдикцию в данном деле и перешел к рассмотрению дела по существу, отделив таким образом оговорку от признания ответчиком обязательной юрисдикции Суда и признав Конвенцию полностью обязательной для ответчика без учета заявленной им оговорки.

5.3. Комитет по правам человека

Комитет по правам человека (далее — Комитет), созданный в рамках Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. (далее — Пакт), оказался в самом трудном положении, столкнувшись к 1994 г. со 150 оговорками разной значимости (включая оговорки, которые ограничивали или исключали полностью материальные и процессуальные права, гарантированные Пактом), сделанными 46 из 127 государств-участников. В силу того, что Пакт не запрещает оговорки и не указывает, какого вида оговорки допускаются, Комитет сформулировал свое отношение к этим оговоркам в виде вызвавшего бурную дискуссию Общего комментария (General Comment) № 24¹⁵.

Говоря о положениях Венской конвенции 1969 г., Комитет отметил, что, во-первых, ее положения о роли возражений государств в связи с оговор-

¹⁴ IACtHR. *Hilaire v Trinidad and Tobago* (Preliminary Objections). Judgment of 1 September 2001. § 49.

¹⁵ CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4 Nov. 1994, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6.

ками являются неприемлемыми для решения проблемы оговорок к договорам о правах человека, а во-вторых, предусмотренная Конвенцией роль государств в отношении оговорок не позволяет решить проблему оговорок к договорам о правах человека. Комитет пришел к выводу, что ввиду особого характера договора о правах человека совместимость оговорки с объектом и целями Пакта должна устанавливаться объективно самим Комитетом.

Комитет заявил, что правовые последствия признания оговорки неприемлемой будут состоять в том, что такая оговорка будет отделимой в том смысле, что Пакт будет действовать для стороны, сделавшей оговорку, без действия самой оговорки.

Позиция Комитета встретила резкие возражения США, Великобритании и Франции, которые указали, что позиция Комитета не соответствует заложенным в Пакте идеям и не соответствует международному праву. США официально заявили, что сделанные ими и включенные в акт ратификации оговорки к Пакту являются неотъемлемой частью согласия США на обязательность Пакта и поэтому не могут быть отделимы от согласия по усмотрению Комитета. Если же любая из этих оговорок будет признана недействительной, это аннулирует акт о ратификации США Пакта¹⁶.

Тем не менее уже в 1995 г., спустя год после выхода Общего комментария № 24, Комитет признал, что «некоторые элементы оговорок» государств-членов Пакта в отношении смертной казни являются несовместимыми с объектом и целями Пакта, и соответственно недействительными¹⁷. Речь в первую очередь шла об оговорке США, которые хотели сохранить практику вынесения смертных приговоров несовершеннолетним, хотя Пакт в ст. 6 запрещает смертную казнь лиц, не достигших 18 лет. Однако после отказа США снять эту оговорку ни сам Комитет, ни другие страны-члены Пакта не сочли в этом случае недействительной ратификацию Пакта Соединенными Штатами и не стали настаивать на выходе США из Пакта. Это в свою очередь породило доктринальную и практическую неопределенность относительно правомерности факта участия США в Пакте [Schabas W., 1995: 277].

Свой подход к отделимости недействительных оговорок Комитет применил в деле *Kennedy v. Trinidad and Tobago*¹⁸. В этом деле Комитет столкнулся с позицией Тринидада и Тобаго, которые сначала вышли из Факультативно-

¹⁶ Observations of the Governments of the United States and the United Kingdom on General Comment 24(52) relating to reservations // Human Rights Law Journal. 1995. Vol. 16. P. 422–426, 423.

¹⁷ CCPR Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Comments of the Human Rights Committee, 53d Seas., 1413th mtg. 14, at 4, U.N. Doc. CCPRICI79/Add. 50 (1995).

¹⁸ *Kennedy v. Trinidad & Tobago*, U.N. GAOR, Hum. Rts. Comm., Communication No. 845/1999, U.N. Doc. CCPR/C/67/D/845/1999 (1999) (views adopted 31.12.1999).

го протокола № 1, предусматривающего право частных заявителей на обращение в Комитет, а потом снова присоединились к нему, но уже с оговоркой, исключающей право Комитета рассматривать жалобы лиц, приговоренных к смертной казни. Применив в этом деле аргументы, изложенные выше, Комитет пришел к выводу, что данная оговорка является недействительной и должна быть отделена от акта ратификации, а сам Протокол обязателен для государства-ответчика полностью. Оказавшись перед сформулированным Комитетом выбором «все или ничего», Тринидад и Тобаго снова вышли из Протокола, на этот раз окончательно. Это в свою очередь вызвало сомнения в соответствии подхода Комитета целям Пакта, поскольку его следствием стало то, что право на индивидуальное обращение в Комитет потеряли не только приговоренные к смертной казни, но и все жители этого государства [McGrogy G., 2001: 815].

Говоря о подходе остальных квази-судебных органов по правам человека, созданных под эгидой ООН, исследователи отмечают, что большинство из них заняли гораздо более осторожную позицию в отношении недопустимых оговорок и их отделимости по сравнению с подходом Комитета по правам человека [Fitzmaurice M., 2006: 155].

Оценивая практику судов и квази-судебных органов в отношении оговорок после вступления в силу Венской конвенции 1969 г., отметим, что все они заняли позицию, согласно которой: (а) государства лишались возможности самостоятельно оценивать правомерность заявленных оговорок в случае создания суда или квази-судебного органа; (б) созданные суды и квази-судебные органы имеют исключительные полномочия по решению вопроса о правомерности сделанных оговорок, включая право определять, что является объектом и целями данного договора; (в) неразрешенные оговорки подлежат отделению от акта ратификации, причем вопрос соответствия отделимости воле государства на момент присоединения к договору также решался самими судами, а не государством, заявившим оговорку.

6. Руководство Комиссии международного права (2011) по практике в отношении оговорок к международным договорам

Отмеченный выше непоследовательный подход государств к оговоркам в сочетании с попытками региональных судов по правам человека и контрольных квази-судебных органов системы ООН устранить неясности и пробелы в положениях Венской конвенции привели к крайне разнообразной практике. Это стало отрицательно сказываться на правовой определенности в отношении действия тех или иных оговорок и затруднило оценку объема обязательств, который взяло на себя то или иное государство. Нарастаю-

щие проблемы в этих вопросах привлекли внимание КМП ООН, которая в 2011 г. завершила многолетнюю работу в этом направлении, приняв Руководство Комиссии международного права 2011 г. по практике в отношении оговорок к международным договорам оговоркам (далее — Руководство).

Докладчиком по теме был назначен известный юрист-международник профессор А. Пелле, который подготовил 17 докладов по данной проблематике. В ходе работы он исследовал не только практику государств в отношении оговорок, но и практику ЕСПЧ, МАСПЧ, Комитета по правам человека и других контрольных квази-судебных органов. Для этих целей КМП провела с данными учреждениями серию консультаций и обсуждений, которые носили столь напряженный характер, что докладчик охарактеризовал их как «конфронтационный диалог» [Pellet A., 2013: 1092].

Принятое в итоге Руководство, необязательный документ объемом в 630 страниц, получило высокую оценку исследователей, которые сходятся во мнении, что КМП удалось рассмотреть все возможные аргументы, которые были использованы в ходе дискуссий за несколько десятилетий об оговорках к международным договорам, и в первую очередь к соглашениям о правах человека [Ziemele I., Liede L., 2013: 1152]. Бесспорно, что Руководство не только прояснило вопросы, оставшиеся нераскрытыми в Венской конвенции, но и представило собой прогрессивное развитие международного права.

Основные идеи Руководства заключаются в следующем:

Факт заявления неприемлемой оговорки не влечет за собой международной ответственности государства-автора этой оговорки.

КМП не согласилась с утверждениями ряда исследователей о заведомой недопустимости любых оговорок к соглашениям о правах человека в силу особого характера этих международных договоров, что якобы позволяет считать эти оговорки незаявленными [Varatta R., 2000: 415]; [Карташкин В.А., 1995: 41]. По мнению КМП, этот вопрос должен быть решен в каждом случае при рассмотрении текста самого договора и соответствующих его положений.

Недействительными оговорками являются как неразрешенные оговорки (прямо запрещенные договором, или не соответствующие его объекту и целям), так и оговорки, сделанные с нарушением формальностей (отсутствие письменной формы, не доведение оговорок до сведения других сторон договора, заявление оговорок за пределами установленного срока).

В отношении последствий заявления недопустимых оговорок КМП последовала подходу судов по правам человека и контрольных квази-судебных органов, заявив в руководящем положении 4.5.1, что оговорки, не соответствующие условиям формальной и материальной действительности, являются ничтожными *ab initio* и поэтому не имеют юридической силы. Очень важным моментом является разъяснение КМП, что отсутствие возражений

и даже согласие государств с такой оговоркой не делает ее разрешенной и имеющей юридическую силу (4.5.2). Прояснение правовых последствий заявления недействительных оговорок стало, по оценкам исследователей, одним из наиболее значительных достижений КМП в этой сфере [Ziemele I., Liede L., 2013: 1151].

Руководящее положение 4.5.3, которое озаглавлено «Статус автора недействительной оговорки по отношению к самому договору», исходит из опровергаемой позитивной презумпции, что основным намерением для государства-заявителя такой оговорки является все же участие в договоре, пусть и без заявленной им оговорки. КМП предложила ориентироваться на волю государства при решении этого вопроса и отказалась предлагать автоматическое решение такой проблемы. Именно на автоматизме настаивают как сторонники точки зрения, что признание оговорки недействительной аннулирует акт о ратификации, так и те, кто поддерживает подход делимости таких оговорок и обязательности всего договора в целом для данного государства, невзирая на то, что согласие на его обязательность было дано под условием заявления оговорки. Очевидно, что КМП выбрала компромиссный вариант, при котором статус автора недействительной оговорки в отношении его дальнейшего участия в договоре зависит лишь от намерения считать себя связанным договором без учета оговорки или же считать себя не связанным договором.

Позитивная презумпция состоит в том, что договор для автора недействительной оговорки является для него полностью обязательным без учета оговорки, если только это государство открыто не заявит об ином. Если же недействительность оговорки установлена в решении контрольного органа, созданного в рамках данного договора, то о своем решении государство должно заявить в течение 12 месяцев со дня решения. Таким образом, Руководство КМП исходит (но прямо об этом не говорит) из того, что государству-автору недействительной оговорки должен быть предложен выбор: (а) отозвать оговорку; (б) остаться в договоре, но при этом лишиться права пользоваться заявленной оговоркой; (в) выйти из договора, если оговорка будет считаться существенным условием для согласия данного государства на участие в этом договоре.

КМП признала роль судов и квази-судебных органов в процессе оценки заявленных оговорок, заявив в руководящем положении 3.2.1, что такие договорные органы вправе для выполнения возложенных на них функций оценивать материальную действительность оговорок, но при условии, что «юридическая сила оценки, произведенной таким органом при осуществлении им этой компетенции, не превышает юридической силы акта, в которой она содержится». Такое разделение договорных органов по юридической силе их решений приводит к тому, что, по мнению КМП, заявление намерения

остаться в договоре или выйти из него государство-автор оговорки обязано сделать в случае соответствующего решения международного суда или арбитража. Однако если решение о недействительности оговорки вынесено квазисудебным органом, чьи решения не имеют обязательной силы (как, например, все комитеты по правам человека, созданные в рамках ООН), то государство-автор оговорки должно лишь учитывать эту оценку, но не обязано ей следовать и выражать намерение в отношении своего участия в договоре.

Отдельно был рассмотрен вопрос о форме, в которой должен быть зафиксирован итоговый документ КМП по этому вопросу. Ситуация осложнялась тем, что правила Венской конвенции 1969 г. об оговорках были затем воспроизведены практически без изменений в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (1986) (ст. 19–23) и легли в основу соответствующих положений Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров (1978) (ст. 20). Рассматривалось три варианта решения этой проблемы: 1) в виде единого проекта статей, который заменял бы соответствующие статьи в этих трех конвенциях (своего рода проект Конвенции об оговорках); 2) в виде проектов дополнительных протоколов к каждой из этих конвенций; 3) в виде проекта Руководства по толкованию и применению соответствующих статей Венской конвенции 1969 г. Решающую роль сыграла позиция государств, которые в ходе дебатов в Шестом комитете Генассамблеи ООН высказались в пользу сохранения нынешнего правового режима, но с уточнениями и разъяснениями¹⁹. Можно согласиться с мнением исследователей, что в таком подходе есть логика, поскольку появление новой конвенции об оговорках либо дополнительных протоколов к трем конвенциям привело бы по факту к появлению двух параллельных режимов оговорок с разными правилами и различными участниками, но при этом по одному и тому же вопросу, что только сильнее запутает ситуацию [Sucharipa-Behrmann L., 1996: 88].

На наш взгляд, при всей кажущейся комплексности и убедительности Руководства, «сага» о правовом статусе оговорок далека от завершения, а наступление столь желанной правовой определенности в этих вопросах в очередной раз отложено. В пользу этого вывода приведем три аргумента. Во-первых, отсутствие у Руководства обязательной силы может привести к тому, что практика государств будет по-прежнему далека от единообразия. Во-вторых, совершенно неясно, как и в какой степени во многом компромиссный подход Руководства будет применяться региональными судами по правам человека и контрольными квазисудебными органами, занимаю-

¹⁹ Report of the ILC on the work of its 47th session (1995). Summary of discussion in the 6th Committee of the General Assembly at its 13th session. A/CN.4/427/Add. 1. 10 January 1996. § 147.

щими более радикальную позицию. Это касается вопроса исключительной компетенции судов и квази-судебных органов при оценке оговорок. Руководство, признавая их роль, не решилось пойти на слом механизма горизонтального индивидуального контроля [McGroarty G., 2001: 821] и по-прежнему исходит из первостепенной роли возражений государств в этом вопросе. В Комментариях КМП к этому положению сказано, что возражения государств по-прежнему будут играть решающую роль, так как «общепринято в международном праве, что в этой области, как и в большинстве других, отсутствие механизмов объективной констатации остается нормой, а их наличие — исключением»²⁰. При этом КМП не смущают очевидные риски конкуренции мнений по поводу заявленных оговорок.

Кроме того, суды и квази-судебные органы вряд ли будут готовы отступить от позиции отделимости оговорок от акта ратификации и обязательности договора в целом для государства-автора оговорки безотносительно его согласия. Этому будут способствовать и расплывчатые формулировки соответствующего руководящего указания в отношении статуса автора недействительной оговорки, которые сам докладчик откровенно назвал наименее худшими из возможных вариантов, намекнув, что КМП находилась под сильным воздействием государств в этом вопросе [Pellet A., 2013: 1094].

Судя по всему, первым серьезным испытанием нового режима оговорок и индикатором готовности квази-судебных органов следовать Руководству КМП 2011 г. станут многочисленные оговорки и заявления Катара, сделанные им в 2018 г. при присоединении к Международному пакту о гражданских и политических правах [Çali B., 2019 :1]. В соответствии с этими оговорками целый ряд ключевых положений Пакта будет применяться Катаром только если они не противоречат нормам шариата, конституции и национального законодательства²¹, т.е. оговорки очевидно не соответствуют объекту и целям Пакта. Оговорки и заявления, сделанные Катаром, особенно интересны в силу двух причин. Во-первых, они вызвали возражения 21 страны, что является своего рода рекордом, во-вторых, они стали первыми оговорками к Пакту, сделанными после принятия Руководства КМП 2011 г.

Ближайшее будущее покажет, будет ли готов Комитет по правам человека пожертвовать идеей универсальности Пакта и настоять, чтобы Катар сделал предлагаемый Руководством выбор между отказом от сделанных оговорок и выходом из Пакта в случае признания Комитетом сделанных оговорок недействительными. Не исключено, что повторится рассмотренная выше

²⁰ Guide to Practice on Reservations to Treaties. Yrbk ILC II. 2011. Part 2. P.603

²¹ International Covenant on Civil and Political Rights. Declarations and Reservations. Available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND#EndDec (дата обращения: 20.05.2019)

ситуация с США, когда оговорка о смертной казни была признана Комитетом недействительной, в то время как сами США продолжают до сих пор считать, что для них оговорка по-прежнему в силе и она является неотъемлемым условием участия США в Пакте. При этом ни Комитет, ни другие страны не считают в этом случае недействительной ратификацию Пакта Соединенными Штатами, и не настаивают на их выходе из Пакта. Формально с тех пор, с точки зрения Комитета, США нарушают соответствующее положение Пакта, в то время как США считают, что имеют полное право полагаться на оговорку, которая, по их мнению, остается в силе.

Кроме того, предложенный Руководством вариант в виде выхода из договора государства, настаивающего на сохранении признанной недействительной оговорки, противоречит позиции самого Комитета, который, как показывает курьезный случай с Северной Кореей, считает, что выход из Пакта невозможен. Северная Корея, присоединившись к Пакту в 1981 г., решила выйти из него в 1994 г. после резкой критики Комитетом ситуации с правами человека в стране. В ситуации, когда сам Пакт не содержит норм о выходе из него, Северная Корея получила от ООН два разных мнения о возможности выхода. Комитет по правам человека заявил, что выход из Пакта невозможен²², а Генеральный секретарь ООН сообщил Северной Корее, что выход возможен только с согласия всех стран-участниц Пакта (Дания сразу заявила возражения) [Evatt E., 1999: 215]. Таким образом, Северная Корея по-прежнему остается стороной Пакта, а вопрос, насколько запрет выхода повлиял на ситуацию с правами человека в этой стране, остается риторическим. Скорее, в этом случае запрет на выход из Пакта провоцирует его неисполнение [Helfer L., 2006: p. 379–381]. В равной степени это можно сказать и о ситуации, когда государство откажется выходить из договора, настаивая на ошибочности вывода контрольного органа о недействительности оговорки.

С не меньшим интересом ожидается и ответная реакция Катара на выводы Комитета. У желания того или иного государства стать участником соглашения о правах человека может быть много причин самого разного рода, и только само государство может решить, готово ли оно пожертвовать оговоркой ради сохранения своего участия в договоре, или же оговорка окажется важнее участия [McCall-Smith K., 2014: 629].

Заключение

Во-первых, современное право международных договоров уже невозможно представить без оговорок, поскольку они стали неотъемлемой частью процесса вступления в силу и действия подавляющего большинства

²² CCPR General comment 26 GENERAL CCPR/C/21/Rev1/Add 8/Rev 1 8 December 1997.

многосторонних договоров, особенно тех из них, которые изначально ориентировались на максимальное количество государств-участников. Сочетание мягкого механизма контроля с гибким подходом к оговоркам, предложенным сначала МС ООН в Заключении 1951 г., а потом закрепленным в Венской конвенции 1969 г., стало залогом быстрой и практически всеобщей ратификации универсальных соглашений о правах человека.

Во-вторых, использование оговорок вызывает отмеченные выше трудности, поскольку предполагает два конкурирующих подхода к ним. Согласно первому подходу оговорки — правомерное, а иногда эффективное средство достижения консенсуса в отношении текста многостороннего договора, так как помогают достичь консенсуса (или количества ратификаций), учитывая при этом разнообразные политические, идеологические, культурные и даже религиозные различия между странами. В то же время практика заявления государствами оговорок общего характера или многочисленных оговорок грозит превратить любой договор в «меню по выбору», что создает угрозу единству текста договора и вызывает объяснимые опасения в части применения такой практики к договорам о защите прав человека.

В-третьих, правовой статус оговорок проделал путь от категорического неприятия оговорок до либерализации их режима, а затем снова в сторону его ужесточения в решениях региональных судов по правам человека и квази-судебных органов ООН, избравших приоритетом целостность соответствующего международного договора. Этот подход повторен в компромиссной форме в Руководстве КМП ООН 2011 г. в виде положений об отделимости оговорки от акта о ратификации и обязанности государства выйти из договора при желании сохранить неправомерную оговорку даже ценой участия в договоре.

В-четвертых, контроль за правомерностью заявленных оговорок с самого начала находился в руках государств-участников договора, сначала в виде правила единогласия всех участников, которое охватывало все возможные виды заявленных оговорок, а после Заключения МС ООН 1951 г. — как более мягкий горизонтальный индивидуальный контроль со стороны каждого государства-участника. В отсутствие независимой третьей стороны в виде международных судов, обладающих соответствующей компетенцией, такая модификация контроля была единственной заменой правилу единогласия, грозившему стать серьезным препятствием на пути начавшегося процесса кодификации международного права.

В-пятых, предусмотренный Заключением МС ООН 1951 г. и положениями Венской конвенции индивидуальный горизонтальный контроль государств-участников договора оказался неэффективным во многом по причинам, указанным в особом мнении судей к Заключению: (а) неопределенность термина «объект и цель договора»; (б) нежелание самих государств зани-

маться таким контролем; (в) неопределенность правовых последствий признания оговорки недействительной.

В-шестых, отмеченные выше слабые места Руководства КМП 2011 г. означают, что правовое регулирование оговорок далеко от окончательного оформления. Государства больше заботятся о праве заявлять оговорки, нежели о праве контролировать оговорки, сделанные другими государствами. Такой эгоистический и циничный подход показывает, что гибкая и неопределенная ситуация со статусом оговорок, равно как и неэффективность контроля за оговорками в целом устраивает государства, которые видят в них удобный механизм самостоятельного определения степени участия в международных договорах и не готовы передавать контроль за их использованием третьей стороне.



Библиография

Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. М.: Институт государства и права РАН. 1995. 135 с.

Лукашук И.И. Оговорки к многосторонним договорам // Международное публичное и частное право. 2004. N 3. С. 3–12.

Осьминин Б.И. Оговорки, понимания и заявления в договорной практике США // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. N 4. С. 109–119.

Титова Т.А. Оговорки к международным договорам о правах человека на примере Конвенции о правах ребенка // Московский журнал международного права. 2003. N 3. С. 80–97.

Baratta R. Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded? *European Journal of International Law*, 2000, no 2, pp. 413–425.

Bourguignon H. The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties. *Virginia Journal of International Law*, 1989, no 2, pp. 369–370.

Bradley C., Goldsmith J. Treaties, Human Rights and Conditional Consent. *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, no 2, p. 399–468.

Brazil P. Some Reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Federal Law Review*, 1975, Vol 6, no 2, pp. 223–248.

Çali B. Qatar's Reservations to the ICCPR: Anything new under the VCLT Sun? Available at: <https://www.ejiltalk.org/qatars-reservations-to-the-iccpr-anything-new-under-the-vclt-sun/> (дата обращения: 01.08.2020)

Clark B. The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women. *American Journal of International Law*, 1991, no 2, pp. 281–321.

Edwards Jr. R. Reservations to Treaties. *Michigan Journal of International Law*, 1989, no 2, pp. 362–405.

Evatt E. Democratic People's Republic of Korea and the ICCPR: Denunciation as an Exercise of the Right of Self-Defense. *Australian Journal of Human Rights*, 1999, no 1, pp. 215–224.

- Fitzmaurice M. On the Protection of Human Rights, the Rome Statute and Reservations to Multilateral Treaties. *Singapore Yearbook of International Law*, 2006, vol. 10, pp. 133–173.
- Helfer L. Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design. *Yale Journal of International Law*, 2006, vol. 31, p. 367–382.
- Marsh L. Restoring Equilibrium: Maximizing State Consent Through a Modified Severability Regime. *The Temple International & Comparative Law Journal*, 2015, no 1, pp. 89–114.
- McCall-Smith K. Severing Reservations. *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, no 3, pp. 599–634.
- Mac-Grory G. Reservations of Virtue? Lessons from Trinidad and Tobago's Reservation to the First Optional Protocol. *Human Rights Quarterly*, 2001, no 3, pp. 769–826.
- Milanovic M., Sicilianos L-A. Reservations to Treaties: An Introduction. *The European Journal of International Law*, 2013, no 4, pp. 1055–1059.
- Pellet A. Reservations to Treaties and the Integrity of Human Rights / *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Sheeran S., Rodley N. (eds). London: Routledge, 2013, pp. 323–338.
- Pellet A. The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur. *The European Journal of International Law*, 2013, no 4, pp. 1061–1097.
- Peters J. Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision. *Harvard International Law Journal*, 1982, vol. 23, pp. 71–116.
- Schabas W. Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party? *Brooklyn Journal of International Law*, 1995, no 2, pp. 277–325.
- Simma B., Hernandez G. Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Right Treaty: Where Do We Stand? / *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Cannizzaro E. (ed). Oxford: OUP, 2011, pp. 60–85.
- Sucharipa-Behrmann L. The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. *Austrian Review of International and European Law*, 1996, no 1, pp. 67–88.
- Swaine E. Reserving. *Yale Journal of International Law*, 2006, no 2, pp. 307–366.
- Tunkin G. Is General International Law Customary Law Only? *European Journal of International Law*, 1993, no 4, pp. 534–541.
- Ziemele I., Liede L. Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6. *European Journal of International Law*, 2013, no 4, pp. 1135–1152.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Evolution of Legal Status of Reservations: from the League of Nations Unanimity Rule to the International Law Commission 2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties



Alexey Ispolinov

Senior partner, legal firm Lex-Invest, Doctor of Juridical Sciences. Address: 113/2 Leninsky Prospect, Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Abstract

The author started by pointing out a current wide-spread use of the reservations to the multilateral treaties which became inseparable part of the process of entry into force of vast number of the treaties especially those purporting universal participation. Arguably a combination of the rather soft controlling fixable approach towards reservations secured almost universal and speedy ratifications of universal human rights treaties. The evolution of the legal status of the reservations performed a tricky pathway — from the strict negative approach reflected in so-called “unanimity rule” in the League of Nations to a liberalized regime of the reservation envisaged initially in the Advisory Opinion of the International Court of Justice 1951 and then codified in the relevant articles of the Vienna Convention on the Law of the Treaties 1969 and after that again towards tightening in the decisions of the regional human rights courts and UN controlling quasi-judicial bodies. Such “aggressive” approach of the human rights controlling institutions has been repeated albeit in a more soften way in the 2011 International Law Commission Guide to Practice on Reservations to Treaties in a form of provisions regarding severability of the reservations from act of ratification and obligation of the author of the reservation to withdraw from the treaty in case of its decision to keep the reservation in question. At the same time the ILC Guide just clarified then modified current legal status of reservations tending to consider the objections to the reservations as a major instrument reflecting the will of the states on issue of the validity of reservations. Such position of the ILC reflects the undisputable reality of the current international law in a sense that the states are more sensitive to its own right to make reservations than its right to control the validity of reservations made by other states. The states consider reservations as a convenient tool for determination of the level of its participation in the relevant treaty. The “aggressive” stance towards reservations adopted by the human rights courts and UN quasi-judicial bodies presents interesting but not decisive vector in the evolution of the legal status of reservations.



Keywords

reservations, international treaty, unanimity rule, ICJ Advisory Opinion, International Law Commission Guide, practice on reservations.

For citation: Ispolinov A.S. (2020) The Evolution of Legal Status of Reservations: from League of Nations Unanimity Rule to the International Law Commission 2011 Guide to Practice on Reservations to Treaties. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 134–161 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.134.161



References

Baratta R. (2000) Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded? *European Journal of International Law*, no. 2, pp. 413–425.

Bourguignon H. (1989) The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties. *Virginia Journal of International Law*, no. 2, pp. 369–370.

Bradley C., Goldsmith J. (2000) Treaties, Human Rights and Conditional Consent. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 149, no. 2, pp. 399–468.

Brazil P. (1975) Some Reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties. *Federal Law Review*, vol. 6, no 2, pp. 223–248.

- Çali B. (2019) *Qatar's Reservations to the ICCPR: Anything new under the VCLT Sun?* Available at: <https://www.ejiltalk.org/qatars-reservations-to-the-iccpr-anything-new-under-the-vclt-sun/> (accessed: 01.08.2020)
- Clark B. (1991) The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women. *American Journal of International Law*, no 2, pp. 281–321.
- Edwards Jr. R. (1989) Reservations to Treaties. *Michigan Journal of International Law*, no 2, pp. 362–405.
- Evatt E. (1999) Democratic People's Republic of Korea and the ICCPR: Denunciation as an Exercise of the Right of Self-Defense. *Australian Journal of Human Rights*, no 1, pp. 215–224.
- Fitzmaurice M. (2006) On the Protection of Human Rights, the Rome Statute and Reservations to Multilateral Treaties. *Singapore Yearbook of International Law*, vol. 10, pp. 133–173.
- Helfer L. (2006) Not Fully Committed? Reservations, Risk and Treaty Design. *Yale Journal of International Law*, vol.31, pp. 367–382.
- Kartashkin V.A. (1995) *Human rights in international and domestic law*. Moscow: Institute of State and Law, 135 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (2004) Reservations of international treaties. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 3, pp. 3–12 (in Russian)
- Marsh L. (2015) Restoring Equilibrium: Maximizing State Consent Through a Modified Severability Regime. *The Temple International & Comparative Law Journal*, no 1, pp. 89–114.
- McCall-Smith K. (2014) Severing Reservations. *International and Comparative Law Quarterly*, no 3, pp. 599–634.
- McGrory G. (2001) Reservations of Virtue? Lessons from Trinidad and Tobago's Reservation to the First Optional Protocol. *Human Rights Quarterly*, no 3, pp. 769–826.
- Milanovic M., Sicilianos L-A. (2013) Reservations to Treaties: An Introduction. *The European Journal of International Law*, no 4, pp. 1055–1059.
- Os'minin B.I. (2012) Reservations, awareness and representations in the practice of US treaties. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 4, pp. 109–119 (in Russian)
- Pellet A. (2013) Reservations to Treaties and the Integrity of Human Rights. *Routledge Handbook of International Human Rights Law*. Sheeran S., Rodley N. (eds.). London: Routledge, pp. 323–338.
- Pellet A. (2013) The ILC Guide to Practice on Reservations to Treaties: A General Presentation by the Special Rapporteur. *The European Journal of International Law*, no 4, pp. 1061–1097.
- Peters J. (1982) Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision. *Harvard International Law Journal*, vol. 23, pp. 71–116.
- Schabas W. (1995) Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party? *Brooklyn Journal of International Law*, no 2, pp. 277–325.
- Simma B., Hernandez G. (2011) Legal Consequences of an Impermissible Reservation to a Human Right Treaty: Where Do We Stand? In: *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Cannizzaro E. (ed). Oxford: University Press, pp. 60–85.

Sucharipa-Behrmann L. (1996) The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. *Austrian Review of International and European Law*, no 1, pp. 67–88.

Swaine E. (2006) Reserving. *Yale Journal of International Law*, no 2, pp. 307–366.

Titova T.A. (2003) Reservations of International treaties on human rights. The case of the Convention on the Rights of the Child. *Moskovsky zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 3, pp. 80–97 (in Russian)

Tunkin G. (1993) Is General International Law Customary Law Only? *European Journal of International Law*, no 4, pp. 534–541.

Ziemele I., Liede L. (2013) Reservations to Human Rights Treaties: From Draft Guideline 3.1.12 to Guideline 3.1.5.6. *European Journal of International Law*, no 4, pp. 1135–1152.

Влияние цифровизации на регулирование преддоговорных отношений в международном частном праве

 **О.В. Сергеева**

Старший научный сотрудник, отдел международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34. E-mail: olgbelusva@rambler.ru

Аннотация

Цифровизация общественной жизни оказала качественное влияние на установление трансграничных договорных связей, с одной стороны, упростив процесс взаимодействия потенциальных контрагентов, с другой — поставив вопрос о пригодности традиционных инструментов в качестве основы регламентации трансграничных отношений, осложненных «цифровым элементом». В статье анализируются основные изменения, которые внесла цифровизация в порядок заключения трансграничных контрактов. Подробно исследуются способы заключения онлайн-контрактов различными методами; дается оценка соответствия указанных способов заключения онлайн-контрактов требованиям актов Европейского союза в сфере электронной коммерции и защиты прав потребителей; исследуются подходы, воспринятые судебной практикой США. В статье поднимаются вопросы о предмете пользовательского соглашения и моменте его вступления в силу; проводится различие между практикой заключения традиционных и онлайн-контрактов на аукционах и электронных площадках в аспекте квалификации действия потенциального контрагента как направившего оферту или лишь сделавшего приглашение к оферте; уделяется внимание проблеме действительности онлайн-контрактов, заключенных несовершеннолетними, и практике применения «доктрины младенчества». Делается вывод о появлении в условиях цифровизации нового инструмента регулирования трансграничных преддоговорных и договорных отношений — пользовательского соглашения. Действие пользовательского соглашения не ограничивается посетителями сайта, принявшими его условия, но в части правил использования веб-сайта распространяется на всех пользователей. «Доктрина младенчества» в целях признания онлайн-контракта недействительным может не приниматься судом во внимание, если преимуществом договора воспользовался несовершеннолетний. На практике владельцы агрегатора, действуя в рамках национального и международного права, опираясь на принцип диспозитивности и пользуясь автономией воли, диктуют потенциальным участникам онлайн-сделок свои правила заключения и исполнения контрактов, по сути устанавливая особый торговый режим. Пользовательское соглашение в этом случае — зачастую массив документов, имеющих сложную архитектуру и регулирующих различные аспекты отношений между оператором веб-сайта, предоставляющим доступ к нему, и пользователями, по вопросам использования сервисов сайта, заказа услуг и товаров.



Ключевые слова

цифровизация, преддоговорные отношения, онлайн-контракты, пользовательское соглашение, электронная торговля, международное частное право, потребители.

Благодарности: Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научного проекта № 18-29-16061 «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели».

Для цитирования: Сергеева О.В. Влияние цифровизации на преддоговорные отношения в международном частном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 162–184.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.162.184

Введение

Развитие информационно-телекоммуникационных технологий оказало существенное влияние на установление трансграничных договорных связей. С одной стороны, технологические достижения упростили взаимодействие как между потребителями товаров и услуг, так и между предприятиями; с другой стороны — поставили вопрос о пригодности традиционных инструментов в качестве основы регламентации трансграничных отношений, осложненных «цифровым элементом».

Современные технические возможности позволяют физическим и юридическим лицам из разных стран без труда вступать в договорные отношения (заключать онлайн-контракты) посредством нажатия нескольких кнопок на клавиатуре, не требуя при этом встреч. Особую востребованность такая форма взаимодействия получила среди потребителей в связи с появлением веб-сайтов производителей и дистрибьютеров товаров и услуг, электронных торговых площадок (платформ), электронных аукционов и т.п. Фактически сфера деловой активности вышла за пределы национальных границ [Терентьева Л.В., 2017: 187–200]; [Мажорина М.В., 2018: 193–217] и сосредоточилась в «кибер-пространстве» [Терентьева Л.В., 2018: 66–71], что позволило отдельным исследователям сделать вывод о появлении новых отраслей права, таких как кибер-право, технологическое право, интернет-право [Svantesson D., 2012: 567].

Вопрос о применимости традиционного нормативного регулирования, в том числе инструментов международного частного права (далее — МЧП) для управления средой заключения онлайн-контрактов не является новым для юридической общественности [Melnik T., 2008: 315–333], однако до сих пор остается дискуссионным. В настоящее время выделяют три подхода к

применимости правовых норм, регулирующих транснациональные онлайн-контракты [Hill J., 2008: 21–23]; [Little L., 2012: 20].

Согласно первому подходу, к транснациональным онлайн-контрактам допустимо применение традиционных материально-правовых и коллизионных норм, в том числе при разрешении споров. Однако по мнению сторонников данного подхода судам необходимо предоставить право модифицировать применимые правила таким образом, чтобы они были совместимы с онлайн-контрактами и их правовыми рамками. Такой подход получил широкое распространение в США, однако, характерный для стран англо-американской системы права, он не учитывает особенности законодательного строительства других государств, а потому, на наш взгляд, заслуживает внимания, но не может быть принят за основу.

Следует обозначить и противоположную точку зрения, согласно которой необходимо принятие новых законодательных актов, адаптированных к осуществлению договорных операций через Интернет в силу его природы. Такой взгляд имел особую популярность на заре развития цифровых технологий и онлайн-торговли [Al-Bayati M., 2014: 3].

Третьего подхода придерживаются страны Евросоюза, о чем свидетельствует законодательная практика последних лет, направленная на гармонизацию и модернизацию регулирования с учетом характеристик Интернета и его среды, что не лишает значения традиционные нормы гражданского и международного частного права.

Принятие новых законодательных актов, своего рода «интернет-правил» для онлайн-контрактов, может повлиять на правовую определенность и предсказуемость применения многих норм (это не означает, однако, отрицания автором необходимости разработки и принятия нормативных правовых актов, направленных на установление публично-правовых границ электронных операций¹). Необходимо также обратить внимание и на то, что частноправовой фундамент таких отношений независимо от «цифрового элемента» остается неизменным (это касается принципов, предмета, методов регулирования). Из этого следует вывод о применимости традиционных положений гражданского законодательства и законодательства о МЧП с оговоркой, указывающей на необходимость модернизации действующего регулирования².

¹ Следует положительно оценить разработку в целях урегулирования отдельных аспектов использования цифровых технологий законопроекта № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» от 20.03.2018 и законопроекта № 419090-7 «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ» от 20.03.2018.

² Об этом свидетельствует, в частности, разработка законопроекта № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (о цифровых правах) от 26.03.2018.

Обозначим основные изменения, которые внесла цифровизация в порядок заключения трансграничных контрактов.

1. Способ заключения договора

В традиционной практике договоры заключаются как в устной, так и в письменной форме «путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору» (ч. 2 ст. 434 ГК РФ).

Заключение онлайн-контрактов возможно посредством трех различных способов [Mann R., Siebeneicher T., 2008: 984–1012]: «shrink-wrap», «click-wrap» и «browse-wrap» [Рожкова М.А., 2018: 528]. «Shrink-wrap agreements» [Hayes D., 1997] заключаются преимущественно при покупке программного обеспечения, разработанного специализированными компаниями. В этом случае условия лицензионного соглашения включены в «пакет» и вступают в силу для пользователя при «открытии» сжатой упаковки пакета программного обеспечения (так называемые упаковочные лицензии).

Под «click-wrap agreement» понимается соглашение, заключаемое в электронном виде в Интернете посредством щелчка одной из сторон по кнопке «Я согласен», сопровождающей текст такого соглашения [Канашевский В.А., 2016: 22–25].

Ситуация, при которой условия договора доступны для ознакомления по ссылке на веб-сайте, но от пользователя не требуется выразить согласие с его условиями в явной форме, подпадает под понятие «browse-wrap agreement» [Савельев А.И., 2014: 117]. Соглашение, таким образом, заключается, если оперировать традиционными терминами, посредством совершения конклюдентных действий — в данном случае факта использования веб-сайта.

Вопрос, однако, заключается в юридической силе такого соглашения. Обратимся к опыту Евросоюза. Согласно Директиве ЕС об электронной торговле³ «условия контракта и общие условия, предоставляемые получателю, должны быть доступны таким образом, чтобы он мог их хранить и воспроизводить» (п. 3 ст. 10). Насколько требования п. 3 ст. 10 Директивы выполняются при заключении «click-wrap» и «browse-wrap agreements»?

³ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза от 08.06.2000 «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной торговле» (Директива об электронной торговле) // СПС КонсультантПлюс.

Очевидно, что условия пользовательского соглашения должны быть доступными для ознакомления с ними на веб-сайте до принятия потребителем решения оформить заказ. У потребителя также должна быть возможность «загрузить» пользовательское соглашение. Разумеется, владельцы веб-сайтов по-разному могут интерпретировать положения Директивы ЕС об электронной торговле. В этом случае задача судов заключается в установлении факта принятия владельцем веб-сайта достаточных мер для того, чтобы покупатель обратил внимание на условия пользовательского соглашения.

При этом «Директива не влияет на законодательство, которое применяется к контрактным обязательствам в отношении договоров с потребителями; соответственно, данная Директива не может допустить лишения потребителя защиты, предоставленной ему законодательством государства-члена ЕС, в котором он постоянно проживает» (п. 55 преамбулы), и «применяется без ущерба для уровня защиты здоровья граждан и интересов покупателей, как это установлено актами Европейского союза» (п. 11 преамбулы). Так, в деле *Content Service Ltd v Bundesarbeitskammer*⁴ Суд ЕС постановил, что пункт пользовательского соглашения, который был отображен на веб-сайте в виде гиперссылки и который лишил потребителей права отказаться от договора, не может быть применен, даже если потребители приняли условия пользовательского соглашения [Belli V., 2012].

Британская компания *Content Service Ltd.* предложила онлайн-услуги через свой веб-сайт немецким потребителям. При оформлении своих заказов потребители должны были, отметив галочкой, принять условия пользовательского соглашения, которое было доступно по прилагаемой гиперссылке. После заключения договора потребители получили уведомление от поставщика услуг, что у потребителей отсутствует право на отказ от договора согласно подписанному ими пользовательскому соглашению. В групповом иске от имени потребителей, выдвинутом немецкой организацией *Bundesarbeitskammer* против компании, утверждалось, что последняя нарушила европейские правила о дистанционных договорах с потребителями, которые требуют, чтобы такой пункт был доведен до сведения потребителя посредством «долговечного носителя» до заключения договора⁵. Рассмотрев

⁴ Case C-49/11 *Content Service Ltd v Bundesarbeitskammer* [2012] CMLR 34. Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0049_SUM&qid=1553083947936 (дата обращения: 25.02.2019)

⁵ В данном случае Суд Европейского союза ссылался на правила Директивы Европейского парламента и Совета ЕС № 97/7/ЕС от 20.05.1997 «О защите потребителей по договорам, заключаемым дистанционным способом», согласно ст. 5 которой «потребитель должен получить подтверждение в письменном виде либо подтверждение на ином долговечном носителе, возможность использования которого имеется у потребителя, информации, в том числе о возможности отказа от исполнения договора. Он должен получить подтверждение заблаговременно в процессе исполнения договора и не позднее момента поставки — в тех

дело, австрийский суд установил, что он недостаточно компетентен в вопросе толкования термина «долговечный носитель» применительно к гиперссылке сайта; вопрос был передан на рассмотрение Суда ЕС.

Исходя из анализа решения Суда ЕС, можно предположить, что условия пользовательского соглашения обязательны для потребителя, если метод, с помощью которого эти условия отображаются на веб-сайте, отвечает требованию «долговечного носителя»⁶. Суд установил, что использование гиперссылки «просмотр-завершение» не является долговечным средством и недостаточно уведомляет покупателя об условиях пользовательского соглашения. Вывод Суда ЕС может создать впечатление о проведении в законодательстве и практике ЕС различий между «click-wrap» и «browse-wrap agreements», что характерно для решений американских судов [Al-Bayati M., 2014: 110].

Фактически потребитель не может быть защищен от применения условий пользовательского соглашения, если поставщик товаров и/или услуг структурировал веб-сайт так, чтобы эти условия были в достаточной мере доступны покупателю. Полагаем, что требование предоставления информации на «долговечном носителе» будет соответствовать нормам законов о защите потребителей, если пользовательское соглашение будет заключаться посредством «click-wrap» метода, а условия пользовательского соглашения будут не только отображаться в цифровом виде на экране компьютера, но и смогут быть отправлены по электронной почте, если покупатель запросит такую опцию, или они смогут быть распечатаны непосредственно с помощью опции «распечатать условия», предоставленной оператором веб-сайта.

Необходимо повторить, что законы о защите прав потребителей в ЕС могут ограничивать применение в некоторых случаях условий пользовательских соглашений, и это не может быть отменено по соглашению сторон, например, путем выбора права или заключения соглашения о выборе суда.

случаях, если предметом договора являются товары, не предназначенные для поставки третьим лицам, за исключением случаев, когда такая информация уже была предоставлена потребителю до заключения договора в письменном виде либо на ином долговечном носителе, возможность использования которого имеется у потребителя». Директива утратила силу 13.06.2014 в связи с принятием Директивы Европарламента и Совета ЕС № 2011/83/ЕС от 25.10.2011 «О правах потребителей, изменяющая Директиву 93/13/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 1999/44/ЕС Европарламента и Совета ЕС и отменяющая Директиву 85/577/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 97/7/ЕС Европарламента и Совета ЕС» (далее — Директива о правах потребителей) // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Директива о правах потребителей под «долговечным носителем» понимает «любой документ, позволяющий потребителю или продавцу хранить информацию, адресованную ему лично, таким образом, чтобы она была доступна в будущем в течение срока, соответствующего целям информации; при этом должна обеспечиваться неизменность указанной информации при ее воспроизведении» (п. 10 ст. 2).

В частности, особый режим защиты действует для онлайн-контрактов B2C (business to consumer)⁷ согласно Директиве о несправедливых условиях⁸.

В деле *Spreadex Ltd v. Cochrane*⁹ Высокий суд Англии отказал в удовлетворении иска о принудительном применении условий пользовательского соглашения в отношении потребителя на том основании, что эти условия крайне трудны для восприятия и не являются персонально обговариваемыми. Как следует из материалов дела, потенциальному клиенту предложили ознакомиться в режиме онлайн с документами, регулирующими отношения сторон на веб-сайте. По мнению судьи, «даже если бы в исключительных случаях ответчик действительно решил просмотреть документы, он столкнулся бы только с клиентским соглашением на 49 страницах, содержащих такое же количество сложных абзацев. Было бы чудом, если бы он прочитал второе предложение пункта 10 (3), не говоря уже о том, чтобы оценить его смысл или значение, и заявителю было бы совершенно иррационально предполагать, что клиент это сделал. Это был бы совершенно неадекватный способ привлечь клиента к ответственности за любые потенциальные сделки, которые он не санкционировал, и это еще один фактор, делающий второе предложение пункта 10 (3) несправедливым условием» (п. 21 решения).

Практика рассмотрения дел в американских судах, в свою очередь, свидетельствует о том, что возможность принудительного применения условий пользовательского соглашения к отношениям сторон основывается не на различиях между бизнесом и потребителем, а на критерии доступности и «достаточной демонстрации» пользовательского соглашения, размещенного на веб-сайте [Moringiello J., Reynolds W., 2013: 452–500]. Таким образом, вероятность придания силы условиям пользовательского соглашения, заключенного методом «click-wrap», выше, чем условиям «browse-wrap agreements».

Так, в деле *Defontes v Dell Computers Corporation*¹⁰ судья счел неприменимыми к группе потребителей условия «browse-wrap agreement», доступные

⁷ Бизнес — потребитель.

⁸ Директива Совета Европейских сообществ № 93/13/ЕЭС от 05.04.1993 «О несправедливых условиях в договорах с потребителями» (далее — Директива о несправедливых условиях) // СПС КонсультантПлюс. Согласно ст. 3 Директивы, «...договорное условие, которое не является согласованным в индивидуальном порядке, признается несправедливым, если вопреки требованиям доброй совести оно приводит к значительному дисбалансу в вытекающих из договора правах и обязанностях в ущерб потребителю. 2. Условие не признается согласованным в индивидуальном порядке во всех случаях, когда оно было подготовлено заблаговременно, и потребитель, таким образом, не имел возможности повлиять на его содержание, в частности, в контексте предварительно составленного типового договора».

⁹ *Spreadex Ltd v Cochrane* [2012] EWHC 1290 (Comm) (18 May 2012). Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/1290.html> (дата обращения: 25.02.2019)

¹⁰ *Defontes v Dell Computers Corporation*, № Civ A PC 03-2636, 2004, WL 253560 (RI 06.01.2004). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1499707.html> (дата обращения: 25.02.2019)

при переходе по гиперссылке, подчеркивая, что пользовательское соглашение не может иметь обязывающей силы, поскольку такая гиперссылка «незаметно расположена в нижней части веб-страницы».

Напротив, в деле *Scherillo v Dun & Bradstreet*¹¹ суд признал силу пользовательского соглашения, заключенного по принципу «click-wrap», подтверждая, что щелчка покупателя по значку «Я согласен» достаточно для подтверждения его согласия с условиями соглашения, независимо от того, ознакомился ли он с его полным текстом. Очевидна аналогия с заключением традиционного контракта — независимо от факта ознакомления покупателя с текстом договора, его подпись придает договору обязательную силу.

2. Предмет пользовательского соглашения и момент вступления его в силу

Интересным является вопрос не только о юридической силе условий «click-wrap» и «browse-wrap agreements», но и о предмете пользовательского соглашения: с чем соглашаются пользователи — с условиями использования веб-сайта или условиями операций через веб-сайт (условиями договора купли-продажи/оказания услуг)? Традиционно пользовательское соглашение определяет условия, на которых веб-сайт предоставляет доступ как к самому веб-сайту, так и к собственным товарам/услугам. При обращении к веб-сайту или оказываемым на нем услугам пользователи обязаны соблюдать правила пользовательского соглашения. Отдельно пользовательское соглашение может предусматривать порядок урегулирования претензий, включать раздел о рассмотрении споров в арбитраже, устанавливать запрет на участие в групповых исках¹² и т.п.

При этом условия использования веб-сайта, обозначенные в пользовательском соглашении, обязательны для пользователя с момента доступа к веб-сайту, независимо от выражения пользователем согласия. Посещение сайта само по себе может считаться юридически обязывающим действием, даже если на сайте не было заключено никакой сделки.

В ЕС в деле *Ryanair Ltd v Billigfluege.de Gmbh*¹³ ирландская авиакомпания подала в суд на немецкого оператора веб-сайта за нарушение условий использования своего веб-сайта, поскольку ответчик разместил на своем веб-

¹¹ *Scherillo v Dun & Bradstreet* 684 F Supp 2d 313 (EDNY 2010).

¹² См., напр.: Пользовательское соглашение eBay. Available at: <https://www.ebay.com/pages/ru/help/policies/user-agreement.html#7> (дата обращения: 25.02.2019)

¹³ *Ryanair Ltd v Billigfluege.de Gmbh* [2010] IEHC 47, [2010] IL [22]. Available at: https://everipedia.org/wiki/lang_en/Web_scraping/ (дата обращения: 25.02.2019)

сайте информацию, «скопированную» с сайта истца. Ответчик утверждал, что поскольку между сторонами отсутствует обязательное соглашение, он не совершил ни единого нарушения, а информация, размещенная на веб-сайте истца, в свою очередь, была в свободном доступе для всех пользователей.

При оценке такого аргумента суд учитывал, что условия пользовательского соглашения были доступны по гиперссылке, и ответчик должен был ознакомиться с ними перед использованием веб-сайта. Суд отклонил довод ответчика, что контракта не было.

Аналогичный вывод был сделан окружным судом американского штата Вирджиния в деле *Cvent Inc v Eventbrite Inc*¹⁴. Фирма, занимающаяся организацией онлайн-мероприятий, подала в суд на конкурента, утверждая, что последний нарушил условия использования его веб-сайта, незаконно скопировав с него информацию, и разместив ее на веб-сайте ответчика без двустороннего соглашения или разрешения. Ответчик просил отклонить иск, ссылаясь на отсутствие договорных отношений. Суд согласился с доводом истца о нарушении пользовательского соглашения. Тем не менее суд не был убежден, что условия пользовательского соглашения были отображены на веб-сайте. Суд установил, что истец не смог в должной степени привлечь внимание ответчика к условиям использования веб-сайта, которые были размещены с помощью гиперссылки «browse wrap»; соответственно, суд постановил, что ответчик не был связан этими условиями. Примечательно, что суд не отрицал довод истца о существовании «контракта», заключенного простым актом (действием) доступа к веб-сайту; тем не менее, суд не был удовлетворен тем, как были отображены условия пользовательского соглашения.

3. Приглашение к оферте и оферта

Традиционно заключению договора предшествует предложение совершить сделку, после чего следуют переговоры или оферта. Подписание единого документа в результате переговоров или акцепт оферты свидетельствуют о заключении такого соглашения. При заключении онлайн-контрактов фактически блокируется возможность провести переговоры, а разница между приглашением к оферте и офертой стирается.

Показательной в этой отношении является практика заключения контрактов на интернет-аукционах. Как правило, предложение товаров для продажи на аукционе само по себе не считается офертой, но является своего рода приглашением к ней. Оферта делается в момент, когда предмет аукциона получает наибольшую ставку; согласие аукциониста ее принять означа-

¹⁴ *Cvent, Inc v Eventbrite, Inc* 739 F Supp 2d 927 (2010). Available at: https://everipedia.org/wiki/lang_en/Web_scraping/ (дата обращения: 25.02.2019)

ет акцепт оферты, что подтверждается ударом молотка. Указанное правило нашло отражение, например, в § 2–328 Единообразного торгового кодекса США, согласно которому продажа с аукциона завершается, когда аукционист объявляет об этом ударом молотка или другим обычным способом. Если ставка заявлена в момент удара молотком, означающего принятие предыдущей ставки, аукционист может по своему усмотрению возобновить торги или объявить товар проданным.

Применение аналогичных правил при проведении онлайн-аукционов может привести к неопределенности.

Так, в Германии рассматривался спор между участниками онлайн-аукциона [Micklitz H.-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D., 2010: 598]. Истцом был потребитель, который приобрел через онлайн-аукцион автомобиль. Ответчик (продавец) установил минимальную начальную цену, с которой должен был начаться аукцион (приблизительно на 50% меньше фактической стоимости автомобиля). К сожалению ответчика, автомобиль получил только одну ставку к концу определенного времени, которая была эквивалентна стартовой цене, установленной продавцом. Истец произвел оплату и связался с продавцом для организации доставки. Продавец, в свою очередь, отказался продавать автомобиль по этой цене, ссылаясь на отсутствие договорных отношений ввиду того, что информация на веб-сайте онлайн-аукциона является приглашением к оферте, но не офертой, а сам продавец не стремился принимать предложения. Согласно условиям веб-сайта интернет-аукциона, с которыми согласились обе стороны, предложение товаров на веб-сайте для продажи следует рассматривать как приглашение к оферте, а не как оферту; в то же время пользовательское соглашение предусматривало, что продавец обязан принять самую высокую ставку.

Суд Мюнстера поддержал довод продавца и постановил аннулировать онлайн-контракт. Суд опирался на немецкий закон об аукционах, в котором говорится, что предложение товаров через аукционные платформы – приглашение к оферте, но не оферта. Кроме того, суд счел нелогичной ситуацию, при которой следовало бы ожидать, что продавец согласится продать автомобиль по цене, которая была на 50% ниже его рыночной стоимости. Не удивительно, что решение нижестоящего суда было отменено апелляционным судом г. Хамма, который опирался не на немецкий закон об аукционах, а на условия сайта, предусматривавшие, что продавец обязуется принять предложение о покупке по самой высокой ставке. Кроме того, суд пришел к выводу, исходя из характера и обычаев сделок купли-продажи через Интернет, что размещение автомобиля на веб-сайте онлайн-аукциона может рассматриваться как предложение, а не только как приглашение к оферте. Решение апелляционного суда было впоследствии поддержано и Федеральным верховным судом Германии.

Федеральный верховный суд постановил, что размещение товаров для продажи на веб-сайте онлайн-аукциона следует рассматривать как действительное предложение, а самую высокую ставку следует считать акцептом. Продавец обязан заключить договор при получении акцепта (наибольшей ставки) независимо от того, значительно ли меньше фактической (рыночной) цена предлагаемого товара. Перед немецкими судами в этом деле была поставлена задача определить наиболее приоритетный вариант: применить нормы традиционного закона об аукционах исходя из обстоятельств дела или, с учетом обычаев и практики ведения дел через Интернет, признать юридическую силу пользовательского соглашения, размещенного на веб-сайте интернет-аукциона.

В Нидерландах суды пришли к аналогичным выводам. В деле *X v Exco Cars BV*¹⁵, истец X, проживающий в Германии, приобрел через eBay в порядке онлайн-аукциона автомобильный двигатель у ответчика Exco cars, компании, базирующейся в Нидерландах. Перед предложением ставки X направил продавцу электронное письмо с вопросом о стоимости доставки товара в Германию, которая была определена ответчиком в 100 евро. Согласившись с условиями продавца, X сделал ставку и выиграл товар, что было подтверждено электронным письмом, отправленным ему из eBay. X осуществил платеж с учетом стоимости доставки. Через два дня после выигрыша товара и осуществления платежа X получил электронное письмо от продавца с просьбой внести дополнительную плату в размере 600 евро в качестве стоимости доставки и отправить старый двигатель. После отклонения новых условий продавца, X получил от продавца уведомление о возврате денежных средств, уплаченных в счет платежа, информирующее его об отмене продажи.

X возбудил дело против продавца в окружном суде г. Хертогенбоса, утверждая, что продавец не выполнил договорное обязательство по доставке товара, поскольку он не имел права изменять условия продажи после того, как договор купли-продажи был юридически оформлен. Продавец утверждал, что между сторонами не было заключено юридически обязывающего соглашения, квалифицируя размещенную им информацию на сайте eBay в качестве рекламы и приглашения к оферте, в то время как действительное предложение, по мнению продавца, сделано не было. Что касается подтверждающего электронного письма, которое было отправлено покупателю, продавец утверждал, что оно было направлено не им, а автоматической почтовой системой eBay. Следовательно, продавец не несет ответственности за подтверждение, отправленное без его согласия.

¹⁵ *Exco Cars BV v X* Court of Appeal Den Bosch 14 July 2008, LJN BE0004; Huub de Jong, 'Contracting online — a review of recent Dutch cases' (Bird & Bird, 10 May 2010). Available at: <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2012/contracting-online-review-recent-dutch-cases-050510> (дата обращения: 25.02.2019)

Оценив доводы сторон, суд пришел к выводу, что размещение товаров, выставленных на продажу на аукционе eBay, квалифицируется как действительное предложение, и наибольшую цену следует рассматривать как принятие этого предложения. Таким образом, продавец был обязан выполнить свое обязательство. Ехсо обжаловала решение суда первой инстанции, но апелляционный суд Хертогенбоса оставил решение в силе.

Чтобы понять, является размещение товаров на eBay приглашением к оферте или офертой, необходимо проанализировать предусмотренные eBay способы выставления товаров на продажу на своем веб-сайте: 1) «купить сейчас», 2) «купить сейчас» с опцией «сделать предложение»¹⁶, 3) «сделать ставку», и, наконец, 4) «сделать ставку» или «купить сейчас», чтобы купить товар немедленно, до начала торгов.

С точки зрения договорного права в отношении традиционных аукционных продаж, когда продавец объявляет товар для продажи на аукционе, он считается лишь направившим приглашение к оферте, поскольку договор можно считать заключенным лишь после того, как аукционист примет предложение (самую высокую ставку). В контексте практики аукциона eBay правило может быть другим. Когда продавец выставляет товар для продажи на аукционе eBay по принципу «сделать ставку», он с большей вероятностью делает действительное предложение, потому что победивший участник торгов обязан приобрести товар, и он автоматически направляется в PayPal для оплаты стоимости¹⁷.

Тот же самый анализ применяется, когда продавец выставляет предмет на аукцион с опцией «купить сейчас» по фиксированной цене. Без сомнения, предложение сделано в обоих случаях; однако это делается двумя различными способами.

Аналогичным образом к разрешению споров из онлайн-контрактов, заключенных на интернет-аукционах, подходят и американские суды. В деле *Lim v. TV Corporation Int'l*¹⁸, южнокорейский бизнесмен Лим принял участие в онлайн-аукционе, чтобы купить доменное имя «Golf.tv» у основанного в штате Делавэр предприятия DotTV — компании, специализирующейся на

¹⁶ Покупатель может сам предложить цену, которую готов заплатить за товар, если продавец допускает такую возможность.

¹⁷ Пользовательское соглашение eBay гласит, что: «Вы обязуетесь внимательно ознакомиться со всем содержимым объявления, прежде чем делать ставку или оформить покупку. Вы вступаете в имеющий юридическую силу договор о покупке, когда обязуетесь купить товар, когда ваше предложение о покупке принимается продавцом или когда выигрываете аукцион (либо делаете ставку иным образом)». Available at: <https://www.ebay.com/pages/ru/help/policies/user-agreement.html#7> (дата обращения: 25.02.2019)

¹⁸ *Lim v The .TV Corporation Int'l* 99 Cal App 4th 684, 121 Cal Rptr 2d 333 (2002) — URL: https://scholar.google.com/scholar_case?case=55575491410129940&q=%2299+Cal.App.4th+684&hl=en&as_sdt=2002 (дата обращения: 25.02.2019)

продаже доменных имен, заканчивающихся расширением «.tv». Сделанная Лимом ставка позволила ему выиграть доменное имя, что было позже подтверждено отправленным аукционистом письмом с просьбой произвести оплату. После платежа Лим получил от продавца электронное письмо, в котором сообщалось, что он решил отозвать согласие на сделку и освободить его от сделанной ставки (предложения). Продажа была отменена, а оплата была возвращена. Лим обратился в суд, ссылаясь на односторонний отказ от исполнения договора со стороны ответчика. Лим утверждал, что предложение доменного имени на веб-сайте онлайн-аукциона являлось офертой ответчика, а сделанная Лимом ставка стала принятием этого предложения (акцептом). Ответчик возразил, что у покупателя возникло непонимание квалификации их отношений в процессе аукционной продажи, и предложение доменного имени было приглашением, но не офертой.

Суд первой инстанции поддержал ответчика и постановил отклонить иск истца. Суд апелляционной инстанции решение суда первой инстанции отменил ввиду того, что договор был заключен, когда была сделана самая высокая ставка, подчеркнув, что ответчик сделал предложение, а ставка истца является принятием такого предложения.

Исходя из вышеизложенного, можно утверждать, что обычаи и практика онлайн-рынка создали правила, которые доступны профессиональным участникам интернет-операций, и эти правила отличаются от применимых к традиционным договорам.

Неопределенность возникает и при решении вопроса, является демонстрация товаров на сайте предложением или приглашением к оферте при заключении контрактов на электронных торговых площадках и веб-сайтах розничных торговцев и производителей. Традиционно системы общего и континентального права подходят к решению этого вопроса по-разному. В странах общего права такая «демонстрация» является приглашением к оферте, но не предложением; предложение делается в момент, когда покупатель берет товар и «относит» его к продавцу с тем, чтобы оплатить; дальше решение за продавцом — принять такое предложение или нет. В странах континентальной системы права такая «демонстрация» считается действительным предложением, а не приглашением к оферте [Al-Bayati M., 2014: 101–102].

На онлайн-овых торговых площадках, таких как Amazon или eBay, товары различных брендов и производителей предлагаются к продаже по заранее установленным ценам. Покупатели, оформляя заказы и осуществляя платежи, получают электронные письма от торговой площадки (но не от реальных продавцов), подтверждающие получение заказа. На наш взгляд, такая «демонстрация» товаров может расцениваться как действительное предложение, и заказ клиента является принятием такого предложения. Такой под-

ход может быть подтвержден природой электронных торговых площадок, которые действуют как посредники между продавцами и покупателями, но не являются владельцами/производителями предлагаемых товаров.

Вместе с тем очевидно, что единые правила операций на электронных площадках отсутствуют. Фактически электронные площадки самостоятельно формируют свою «правовую базу» и, соответственно, условия продажи. Например, на веб-сайте Amazon есть две категории товаров, предлагаемых для продажи: продукция, предлагаемая самой площадкой Amazon, и продукция, предлагаемая сторонними продавцами. Согласно правилам Amazon, предложение собственной продукции не является офертой (лишь приглашением к ней); в то же время в правилах отсутствует определенность квалификации предложения товаров сторонними продавцами, использующими веб-сайт. Представляется, что них указанное правило не распространяется, и товары, выставленные на продажу сторонними продавцами, являют собой действительные предложения, а не только приглашение к оферте. Аналогичное предположение применимо и к процессу продажи на eBay «купи сейчас», когда заключение договора купли-продажи происходит при нажатии покупателем соответствующей кнопки.

Подобные вопросы должны быть разрешены в пользовательском соглашении, размещенном на веб-сайте, как это указано, в частности, в параграфе 39 преамбулы Директивы о правах потребителей, согласно которому «в отношении дистанционных контрактов, заключаемых посредством веб-сайтов, важно гарантировать, что потребитель может полностью прочитать и понять существенные условия контракта до оформления заказа». Решение вопроса о квалификации размещенной на сайте информации в качестве оферты или приглашения к оферте также является существенным.

4. Действительность онлайн-контрактов и доктрина «младенчества»

В 1993 г. американский карикатурист Питер Штайнер опубликовал картинку в «Нью-Йоркере»: собака сидела за настольным компьютером и разговаривала с другой собакой, стоящей рядом с ним. Текст гласил: «В Интернете никто не знает, что ты — собака» [Cavna M., 2013]. Без сомнения, главная идея карикатуры заключается в «анонимности» пользователей Интернета, которая ставит перед правом ряд серьезных вопросов. Один из таких вопросов связан с определением законности транзакций, которые несовершеннолетние проводят на веб-сайтах и электронных площадках, и, в частности, с тем, могут ли такие транзакции считаться действительными юридически обязывающими контрактами.

Определение действительности онлайн-контрактов, заключаемых несовершеннолетними, входит в сферу традиционной «доктрины младенчества» (*infancy doctrine*), согласно которой несовершеннолетних нельзя принудить выполнять обязательства, вытекающие из любых договоров, которые они могут заключить, за исключением некоторых обстоятельств, когда закон позволяет им заключать действительные соглашения [Preston C., Crowther B., 2012: 47–80]. Так называемая «доктрина младенчества» защищает лиц, не достигших установленного законом возраста совершеннолетия, как от рекомендаций «лукавых взрослых», так и от их собственных неправильных решений. Доктрина основана на предположении, что несовершеннолетние, как правило, легко поддаются влиянию и не способны понять природу юридических обязательств, возникающих в связи с заключением сделки¹⁹. Для простоты применения американскими судами было решено указанное правило распространить на все категории несовершеннолетних.

Хотя доктрина и содержит ряд исключений, тем не менее несовершеннолетним позволяется расторгнуть договор. Право расторгнуть договор действует в течение «разумного периода» после достижения совершеннолетия до тех пор, пока несовершеннолетний не ратифицирует договор как совершеннолетний. Все штаты позволяют несовершеннолетнему расторгнуть договор и не выполнять его в дальнейшем. Расторжение сделки, как правило, требует от несовершеннолетнего лишь возврата материальной выгоды, полученной им в связи с заключением договора. Однако доктрина и практика попытались предусмотреть ограничения для применения названного правила.

Так, Аллан Фернсуорт предлагает отказаться от применения «доктрины младенчества» в отношении уже исполненных договоров. Он интерпретирует контракт, как «обещание или набор обещаний», чтобы предположить, что контракты могут существовать только в том случае, если обмены «относятся к будущему», что является так называемым «незавершенным контрактом», и таким образом не будут охватывать исполняемую сделку, такую как сию-

¹⁹ См.: *City of New York v. Stringfellow's of N.Y., Ltd.*, 684 N.Y.S.2d 544, 550–551 (App. Div. 1999). «Несовершеннолетие ... — это правовая недееспособность, а несовершеннолетний ... по общему мнению, испытывает недостаток в суждениях, поскольку его нормальное состояние — это некомпетентность. Кроме того, считается, что несовершеннолетний не обладает достаточными знаниями взрослого человека о возможных последствиях своего действия или бездействия, а также способностью эффективно использовать имеющиеся у него знания. Следить за соблюдением интересов несовершеннолетних является обязанностью государства, поскольку презюмируется, что несовершеннолетних следует оберегать от их собственной глупости и неосмотрительности, и препятствовать тому, чтобы взрослые использовали их с целью извлечения выгоды»; см. также: *Loveless v. State*, 896 N.E.2d 918, 920–921 (Ind. Ct. App. 2008) («Правило о том, что несовершеннолетний может отказаться от сделки, которую он заключил со взрослым, основано на предположении, что между сторонами сделки в процессе переговоров всегда присутствует неравенство, и, следовательно, существует вероятность того, что взрослый человек может этим воспользоваться»).

минутная продажа яблок за наличный расчет [Farnsworth A., 2004: 940]. Если исходить из логического завершения сделки, это говорит о том, что несовершеннолетний не может отказаться от какого-либо совершенного обмена ввиду отсутствия контракта для отказа. Однако такое толкование контракта не было воспринято ни учеными, ни судебной практикой.

Другое дело, если речь идет о «необходимых товарах» (полагаем, что к этой категории относятся и услуги. — О.С.). «Общество хочет разрешить несовершеннолетним приобретать предметы, необходимые для их выживания, когда у несовершеннолетнего нет иного выхода. Поэтому мы призываем взрослых заключать такие договоры, заверяя торговцев, что договоры, заключенные несовершеннолетними на покупку таких предметов, будут иметь обязательную силу» [Daniel J., 2007: 239]. Применимость этого исключения основана на потребности несовершеннолетнего в момент заключения договора, а не на характере товара — предмета сделки. Такой подход накладывает на торговцев дополнительное бремя в виде принятия решения, является ли товар необходимостью для несовершеннолетнего.

Хотя общество требует такого исключения из «доктрины младенчества», закон ограничивает сферу его применения. Таким образом, если несовершеннолетний заключает договор на покупку того, что обычно является необходимостью, но чем он уже обладает благодаря родителям, или они готовы это предоставить, то договор не будет являться обязательным, и несовершеннолетнему будет разрешено от него отказаться. Кроме того, даже при действительном заключении контракта на такие «необходимые» предметы несовершеннолетний никогда не несет ответственности за сумму, превышающую фактическую стоимость таких товаров.

Общепринятым является подход, в соответствии с которым при разрешении споров оценка необходимости покупки несовершеннолетним товаров должна осуществляться в два этапа. Во-первых, суд должен установить, является ли по закону предмет договора необходимостью в принципе [Young J., 2010: 431]. Во-вторых, следует выяснить, является ли предмет договора необходимостью для данного несовершеннолетнего. Судебная практика по данному вопросу любопытна и весьма неоднозначна. Так, расходы на еду, одежду, жилье и медицинские услуги американские суды традиционно относят к категории необходимых потребностей. Образование также обычно попадает в этот список [Preston C., Crowther B., 2012: 53].

Может ли автомобиль считаться необходимой потребностью несовершеннолетнего? В деле *Bowling v. Sperry* суд, похоже, ответил на этот вопрос утвердительно. Хотя суд и указал, что автомобиль, приобретенный подростком, не был столь необходим, он отметил, что «каждый старшеклассник сегодня мечтает о собственном автомобиле, и поскольку у многих из них он

есть, автомобиль при таких обстоятельствах может считаться необходимой потребностью»²⁰.

Решение по более раннему делу *Star Chevrolet Co. v. Green*, показало, что суд отказался признавать автомобиль необходимой, поскольку несовершеннолетний уже имел в пользовании машину²¹. Разумеется, вторая машина не была квалифицирована как необходимость.

Другими исключениями из сферы применения «доктрины младенчества» являются эмансипация, заключение трудового договора, введение в заблуждение относительно возраста и т.п. В целом необходимые исключения являются гарантом справедливого применения «доктрины младенчества», что может быть несколько проблематичным, если речь идет об онлайн-среде.

В деле *AV v iParadigms LLC*²² группа старшеклассников обратилась к онлайн-сервису по проверке на плагиат, чтобы узнать процент оригинальности выполненного ими задания. Однако, прежде чем они смогли отправить свое задание, веб-сайт обязал их создать учетную запись пользователя, что потребовало от них принятия соглашения об использовании веб-сайта по принципу «click-wrap». После завершения регистрации учетной записи, школьники смогли направить свои работы для проверки на плагиат.

Однако старшеклассники не хотели, чтобы их документы были архивированы в базе данных сайта, поэтому они добавили соответствующее заявление в начале своего документа. Работа программного обеспечения для обнаружения плагиата полностью автоматизирована и не контролируется человеком; таким образом, программному обеспечению было невозможно распознать такое заявление. Позже, когда школьники обнаружили, что их работы были архивированы, они подали в суд на веб-сайт, утверждая, что их права на интеллектуальную собственность были нарушены. Суд не поддержал этот аргумент, ссылаясь на пользовательское соглашение.

Тогда школьники заявили о расторжении договора в соответствии с «доктриной младенчества». Суд, однако, посчитал это невозможным ввиду того, что после получения несовершеннолетними выгоды от услуг, предоставляемых веб-сайтом, они больше не могут требовать защиты в соответствии с «доктриной младенчества». Другими словами, несправедливо сохранять две льготы и требовать возмещения убытков одновременно.

Представляется, что решение суда было бы другим, если бы предметом онлайн-контракта был материальный товар. В таком случае суд постановил бы вернуть товар продавцу, чтобы аннулировать договор в соответствии с

²⁰ *Bowling v. Sperry*, 184 N.E.2d 901, 904 (Ind. App. 1962).

²¹ *Star Chevrolet Co. v. Green*, 473 So. 2d 157, 161 (Miss. 1985).

²² *AV v iParadigms, LLC* 544 F Supp 2d 473 (ED Va 2008). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5105> (дата обращения: 25.02.2019)

«доктриной младенчества». Другими словами, существует разница между продажей товаров и оказанием услуг нематериального характера с точки зрения получения выгоды от реализации контракта.

Аналогичного подхода придерживался суд в деле *IB v Facebook Inc.*²³, в котором родители двух несовершеннолетних подали жалобу на Facebook за то, что Facebook принимал несанкционированные платежи с банковских карт родителей. Несовершеннолетние использовали кредитные карты родителей для покупки игрового кредита Facebook Ninja Saga, в итоге платежи превысили несколько сотен долларов. Обнаружив несанкционированные транзакции, родители связались с Facebook для возмещения денежных средств, но их запрос был отклонен, в связи с чем родители обратились в суд. Истцы ссылались на возраст несовершеннолетних и утверждали, что договор о покупке игрового кредита между ними и Facebook был недействительным в соответствии с «доктриной младенчества». Ссылаясь на вывод суда в деле *AV v iParadigms LLC*, Facebook требовал иск отклонить: отказ от договора онлайн-покупки в соответствии с «доктриной младенчества» не может быть поддержан после того, как несовершеннолетние уже получили выгоду от приобретенного игрового кредита.

Суд удовлетворил ходатайство Facebook об отклонении аргумента истцов в отношении недействительности договора онлайн-покупки в соответствии с «доктриной младенчества», подчеркнув, что с момента, как несовершеннолетний воспользовался преимуществом договора, не может быть предъявлено требование о признании его недействительным.

Как показывает практика, многие крупные корпорации — Apple, Google и т.п. в связи с участвующим использованием несовершеннолетними платных сервисов внедрили в свои приложения механизмы возврата денежных средств²⁴. Однако это не решает всех проблем, возникающих при обращении несовершеннолетних к онлайн-услугам.

Выводы судов подтверждают непредсказуемость рассмотрения дел, связанных с действительностью онлайн-контрактов, заключенных несовер-

²³ *IB v Facebook* 905 F Supp 2d 989 (2012) Available at: <https://casebriefsco.com/casebrief/ib-v-facebook-inc> (дата обращения: 25.02.2019)

²⁴ Например, пользователи Apple, обнаружив у себя нежелательную покупку, могут на сайте технической поддержки указать, что не давали согласия на это приобретение и по-английски подробно объяснить причину отказа, например, что приложение куплено ребенком. Если обращение было направлено в течение 24 часов, деньги, скорее всего, вернут.

Деньги за покупку в Google Play можно вернуть тремя способами: отменить платеж в течение двух часов после покупки; если с момента покупки прошло не более двух дней, возврат можно сделать через специальную форму; если прошло более 48 часов можно написать разработчику приложения. Available at: <https://yandex.ru/turbo?text=https%3A%2F%2Fjournal.tinkoff.ru%2Fmobile-apps-return%2F> (дата обращения: 13.02.2020)

шеннолетними. «Доктрина младенчества» далеко не всегда при рассмотрении споров, вытекающих из онлайн-контрактов, принимается судами во внимание. Вместе с тем бизнес также должен понимать последствия отсутствия проверки возраста анонимных участников онлайн-контрактных отношений.

Заключение

На основании изложенного можно сделать вывод о появлении в условиях цифровизации нового инструмента регулирования трансграничных преддоговорных и договорных отношений — пользовательского соглашения. Являясь соглашением между посетителем и оператором веб-сайта, пользовательское соглашение вместе с тем выражает волю исключительно последнего, но, будучи договорным условием, «стоит», с некоторыми оговорками, выше норм закона.

Кроме того, как свидетельствует практика, действие пользовательского соглашения не ограничивается посетителями сайта, принявшими его условия, но в части правил использования веб-сайта распространяется на всех пользователей; а «доктрина младенчества» в целях признания онлайн-контракта недействительным может не приниматься судом во внимание в случае, если несовершеннолетний воспользовался преимуществом договора.

Фактически применимость условий пользовательского соглашения зависит от двух факторов:

Соответствие требованиям законодательства в части осуществления электронной торговли. Речь идет прежде всего о доступности, наглядности размещения и «долговечности носителя» пользовательского соглашения. В данном случае заключение «click-wrap agreements» имеет некоторое преимущество перед «browse-wrap agreements».

Соответствие законодательству о защите прав потребителей. Например, согласно ст. 1212 ГК РФ, выбор сторонами договора с участием российского потребителя иностранного права не влечет за собой лишение такого потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами российского права, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в России либо любыми способами направляет деятельность на территорию России или территории нескольких стран, включая территорию России, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны. Аналогичные правила действуют во многих зарубежных правовых порядках. Примером особой меры защиты потребителя в рамках ЕС являются, в частности, Директива о несправедливых условиях и Директива о правах потребителей.

Следует обратить внимание на тот факт, что на практике владельцы агрегатора, действуя в рамках национального и международного права, опираясь на принцип диспозитивности и пользуясь автономией воли, диктуют потенциальным участникам онлайн-сделок свои правила заключения и исполнения контрактов, по сути, устанавливая особый торговый режим. Пользовательское соглашение в этом случае зачастую представляет собой массив документов, имеющих сложную архитектуру и регулирующих различные аспекты отношений между оператором веб-сайта, предоставляющим к нему доступ, и пользователями по вопросам использования сервисов сайта, заказа услуг и товаров.



Библиография

Канашевский В.А. Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное право. 2016. N 4. С. 22–25.

Мажорина М.В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 1. С. 193–217.

Рожкова М.А. и др. Право в сфере Интернета: сборник статей. М.: Статут, 2018. 528 с.

Рожкова М.А. Агрегаторы, платформы, «владельцы агрегаторов»: некоторые комментарии к Закону об агрегаторах // Закон.ру. 2018. 13 августа.

Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014. 543 с.

Терентьева Л.В. Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. N 1. С. 187–200.

Терентьева Л.В. Понятие кибер-пространства и очерчивание его территориальных контуров // Правовая информатика. 2018. N 4. С. 66–71.

Al-Bayati M. Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA. PhD thesis. Bangor University, 2014, 300 p.

Belli V. ECJ Rules that Information Provided via Website or Hyperlink Does Not Meet Requirements of Consumer Distance Contracts. Mondaq, 6 August. Available at: <http://www.mondaq.com/x/190226/Consumer+Law/Van+Bael+Bellis> (дата обращения: 25.02.2019)

Cavna M. “Nobody knows you’re a dog “: As Iconic Internet Cartoon Turns 20, Creator Peter Steiner Knows the Joke Rings as Relevant as Ever. Available at: http://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html (дата обращения: 25.02.2019)

Daniel J. Virtually Mature: Examining the Policy of Minors’ Incapacity to Contract Through the Cyberscope. Gonz. Law Review, 2007, vol. 43, pp. 240–269.

Farnsworth E. Contracts. New York: Aspen, 2004. 940 p.

Hayes D. The Enforceability of Shrink-wrap License Agreements On-Line and Off-Line. Fenwick & West LLP, 1997, March. Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf> (: 25.02.2019)

Hill J. Cross-Border Consumer Contracts. Oxford: University Press, 2008, 466 p.

Little L. Internet Choice of Law Governance. Temple University Legal Studies Research Paper Series, 2012, no 20, pp. 1–24.

Mann R., Siebeneicher T. Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting. Columbia Law Review, 2008, no 4, pp. 984–1012.

Melnik T. Can We Dicker Online or is Traditional Contract Formation Really Dying — Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 2008, issue 1, pp. 315–333.

Micklitz H-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D. (2010) Cases, Materials and Text on Consumer Law. Oxford: Hart, 598 p.

Moringiello J., Reynolds W. From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting. Maryland Law Review, 2013, issue 2, pp. 452–500.

Preston C., Crowther B. Infancy Doctrine Inquiries. Santa Clara Law Review, 2012, no 1, pp. 47–80.

Svantesson D. Private International Law and the Internet. Wolters Kluwer, 2012. 567 p.

Young J. From the Mouths of Babes: Protecting Child Authors from Themselves. West Virginia Law Review, 2010, vol. 112, pp. 431–467.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Influence of Digitalization on Regulating Precontractual Relations in Private International law



Olga Sergeeva

Senior Research Fellow, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia. E-mail: olgbelusva@rambler.ru



Abstract

Digitalization of public life has a qualitative impact on the establishment of cross-border contractual relations, on the one hand, simplifying the process of interaction between potential counterparties, on the other hand, raising the question of the suitability of traditional instruments as a basis for regulating cross-border relations complicated by the “digital element”. The main changes that “made” digitalization in the procedure of the conclusion of cross-border contracts are analyzed in the article. The ways of concluding online contracts using the “shrink-wrap”, “click-wrap” and “browse-wrap” methods are studied in detail; an appraisal is made of the conformity of the specified methods of concluding online contracts with the requirements of acts of the European Union in the field of electronic commerce and consumer protection; the approaches taken by US court practice are explored. The questions about the subject of the user agreement and

the moment of its entry into force are raised in the article; a distinction is made between the practice of concluding traditional and online contracts at auctions and electronic platforms in terms of qualifying the action of a potential counterparty as having made an offer or just made an invitation to offer; attention is paid to the problem of the validity of online contracts concluded by minors, and the practice of applying the “doctrine of infancy”. The conclusion is made about the appearance in the conditions of digitalization of a new instrument for regulating cross-border pre-contractual and contractual relations — a user agreement. The user agreement is not limited to visitors of the site who have accepted its terms, but, the rules for using the website are applied to all users; and the “infancy doctrine” in order to invalidate an online contract may not be taken into account by the court if the minor takes advantage of the contract. In practice, the owners of the aggregator, acting under national and international law, relying on the principle of disposition and taking advantage of the autonomy of the will, dictate to potential participants of online transactions their rules for entering into and executing contracts, in effect, establishing a special trading regime. The user agreement in this case is often an array of documents that have a complex architecture and regulate various aspects of the relationship between the website operator providing access to it and users on the use of website services, ordering services and goods.



Keywords

digitalization; precontractual relations; online-contracts; user agreement; electronic commerce; private international law; consumers.

Acknowledgments: The study was supported by the Russian Fund of Fundamental Researches, project no 18-29-16061 «Cell Law within Cell Society: New Regulative models».

For citation: Sergeeva O.V. (2020) The Influence of Digitalization on Regulation of Precontractual Relations in Private International Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 162–184 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.162.184



References

- Al-Bayati M. (2014) Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA. PhD thesis. Bangor University, 300 p.
- Belli V.B. (2012) ECJ Rules that Information Provided via Website or Hyperlink Does Not Meet Requirements of Consumer Distance Contracts. Mondaq, 6 August. Available at: <http://www.mondaq.com/x/190226/Consumer+Law/Van+Bael+Bellis> (accessed: 25.02.2019)
- Cavna M. (2013) “Nobody knows you’re a dog”: As Iconic Internet Cartoon Turns 20, Creator Peter Steiner Knows the Joke Rings as Relevant As Ever. Available at: http://www.washingtonpost.com/blogs/comic-riffs/post/nobody-knows-youre-a-dog-as-iconic-internet-cartoon-turns-20-creator-peter-steiner-knows-the-joke-rings-as-relevant-as-ever/2013/07/31/73372600-f98d-11e2-8e84-c56731a202fb_blog.html (accessed: 25.02.2019)
- Daniel J. (2007) Virtually Mature: Examining the Policy of Minors’ Incapacity to Contract Through the Cyberscope. *Gonz. Law Review*, vol. 43, pp. 240–269.
- Farnsworth E. (2004) *Contracts*. New York: Aspen, 2004. 940 p.

- Hayes D. (1997) The Enforceability of Shrink-wrap License Agreements On-Line and Off-Line. Fenwick & West LLP. Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf> (accessed: 25.02.2019)
- Hill J. (2008) *Cross-Border Consumer Contracts*. Oxford: University Press, 466 p.
- Kanashevskiy V.A. (2016) Conflicts-of-law regulation of contracts with participation of consumers. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 4, pp. 22–25 (in Russian)
- Little L. (2012) Internet Choice of Law Governance. Temple University Legal Studies Research Paper Series, no 20, pp. 1–24.
- Mann R., Siebeneicher T. (2008) Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting. *Columbia Law Review*, no 4, pp. 984–1012.
- Mazhorina M.V. (2018) Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 193–217 (in Russian)
- Melnik T. (2008) Can We Dicker Online or is Traditional Contract Formation Really Dying — Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, issue 1, pp. 315–333.
- Micklitz H-W., Stuyck J., Terryn E., Droshout D. (2010) *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford: Hart, 598 p.
- Moringiello J., Reynolds W. (2013) From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting. *Maryland Law Review*, issue 2, pp. 452–500.
- Preston C., Crowther B. (2012) Infancy Doctrine Inquiries. *Santa Clara Law Review*, no 1, pp. 47–80.
- Rojkova M.A. et al. (2018) *Law in the sphere of Internet*. Moscow: Statut, 528 p. (in Russian)
- Rojkova M.A. (2018) Aggregators, platforms, «owners of aggregators»: several comments to the Act concerning aggregators. *Zakon.ru*. Available at: https://zakon.ru/blog/2018/8/13/agregatory_platformy_vladelcy_agregatorov_nekotorye_kommentarii_k_zakonu_ob_agregatorah (accessed: 25.02.2019)
- Savelyev A.I. (2014) *Electronic commerce in Russia and in foreign countries: legal regulation: study guide*. Moscow: Statut, 543 p. (in Russian)
- Svantesson D. (2012) *Private International Law and the Internet*. Wolters Kluwer, 567 p.
- Terentieva L.V. (2017) Concept of Sovereignty in the Conditions of Global and Information Communication Processes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 187–200 (in Russian)
- Terentieva L.V. (2018) The concept of cyberspace and outlining its territorial contours. *Pravovaya informatika*. no 4, pp. 66–71 (in Russian)
- Young J. (2010) From the Mouths of Babes: Protecting Child Authors from Themselves. *West Virginia Law Review*, vol. 112, pp. 431–467.

Основные свободы и их влияние на режим налогообложения прибыли и доходов в Европейском союзе и Евразийском экономическом союзе



К.А. Пономарева

Доцент, кафедра государственного и муниципального права Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского. Адрес: 644077, Российская Федерация, Омск, ул. 50 лет Профсоюзов, 100/1. E-mail: karinaponomareva@gmail.com



Аннотация

В статье рассмотрена роль основных свобод в механизме налоговой интеграции. Налоговое право интеграционного объединения служит средством создания и надлежащего функционирования внутреннего рынка — пространства без внутренних границ, на территории которого в соответствии с учредительными договорами обеспечиваются свободное передвижение товаров, услуг, капитала и рабочей силы. Доказано, что нормы, регулирующие действие основных свобод, являются нормами прямого действия, не имеют гармонизирующего эффекта, но запрещают дискриминацию и ограничения внутри интеграционного объединения. Современные трансграничные налоговые отношения требуют создания эффективно функционирующей многоуровневой системы правового регулирования на основе норм международного, наднационального и национального права. Исследование позволило осветить направления влияния основных свобод на правовой режим налогообложения прибыли и доходов в Евросоюзе и Евразийском экономическом союзе, а также выявить сходства и различия механизмов гармонизации налогообложения прибыли и доходов в ЕС и ЕАЭС. Методологическую основу исследования составляют как общенаучные методы (диалектико-материалистический, системный, индукция, дедукция, анализ, синтез), так и междисциплинарные методы исследования. В основе изучения лежит сравнительно-правовой метод, позволяющий сопоставить сходные правовые проблемы, существующие в законодательстве и международных договорах ЕАЭС и ЕС, а также выявить оптимальные пути их разрешения. Также в работе использованы частно-научные методы: формально-юридический, позволяющий выявить правовую сущность исследуемых явлений, и историко-правовой, позволяющий изучать институты налогового права в их генезисе. Обосновано концептуальное различие между гармонизацией в сфере прямого и косвенного налогообложения: прямое налогообложение меньше влияет на функционирование союзной экономики по сравнению с косвенным. Правовое регулирование прямого налогообложения остается в компетенции государств-членов и осуществляется на уровне интеграционных объединений лишь в отдельных сферах, связанных с реализацией основных свобод. Кроме того, выявлена специфика проявления принци-

па налогового суверенитета в сфере интеграционного налогового права: налоговый суверенитет обуславливает одновременно и проблему налоговой конкуренции, и ее решение в форме сотрудничества государств-членов.

Ключевые слова

налоговое право, основные свободы, налоговый суверенитет, Европейский союз, Евразийский экономический союз, интеграция, прямое налогообложение, корпоративное налогообложение, Суд справедливости Европейского союза.

Благодарности: исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научного проекта № 20-011-00292 «Правовое обеспечение налоговой безопасности государства в условиях международной экономической интеграции».

Для цитирования: Пономарева К.А. Основные свободы и их влияние на режим налогообложения прибыли и доходов в Европейском союзе и Евразийском экономическом союзе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 185–206.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.185.206

Введение

Налогообложение является сферой, в которой государства-члены интеграционных объединений сохраняют суверенные права. Полномочия по налогообложению вступают в конфликт с целями этих объединений, а также свободой передвижения товаров, услуг, капитала и рабочей силы. Эти основные свободы, закрепленные в учредительных договорах интеграционных объединений и в развивающих их актах «жесткого права», а также в актах «мягкого права», оказывают влияние на национальные налоговые режимы.

Учредительные договоры интеграционных объединений, по единогласной оценке исследователей, имеют целью установление общего рынка и обеспечение его функционирования для всех государств-членов Союза [Adamczyk L., 2010: 23]; [Terra B., Wattel P., 2012: 19]; [Кашкин С.Ю., 2015: 282]. Основные свободы, закрепленные в учредительных договорах Европейского союза (далее — ЕС) и Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС), охватывают свободное передвижение товаров, услуг, капитала и рабочей силы и составляют фундамент внутреннего рынка. Исходный пункт влияния основных свобод на налогообложение прибыли и доходов очевиден: внутренний рынок охватывает пространство без внутренних границ, в котором согласно положениям учредительных договоров обеспечивается такое свободное передвижение (ст. 26 Договора о функционировании Евро-

пейского союза¹ (далее — ДФЕС), ст. 1 Договора о Евразийском экономическом союзе (далее — Договор о ЕАЭС)². Особую значимость применительно к транснациональному налогообложению также имеет свобода учреждения (ст. 49 ДФЕС, ст. 66 Договора о ЕАЭС). Основные свободы, согласно букве учредительных договоров, не направлены на налоговое законодательство государств-членов. Вместе с тем, толкование их целей распространяет их действие также и на прямые налоги: впервые об этом высказался Суд справедливости Европейского союза (далее — Суд ЕС) в 1986 г. в решении по делу *Avoir Fiscal*³.

1. Основные аспекты реализации основных свобод в налоговом праве интеграционных объединений

Первоочередной задачей учредительных договоров, по замечанию С.А. Баева, является установление указанной свободы передвижения, что подразумевает, среди прочего, осуществление интеграции в налоговой сфере [Баев С.А., 2007: 15]. В учредительных договорах ЕС и ЕАЭС содержатся общие налоговые положения, а также отдельные аспекты регулирования косвенного налогообложения. Нормы, регулирующие отношения в сфере прямого налогообложения, за небольшим исключением (например, ст. 73 Договора о ЕАЭС) закрепляются в национальном законодательстве или в немногочисленных директивах ЕС. Причина этого заключается в опасениях государств-членов за свой налоговый суверенитет.

Важнейший момент отмечает А.С. Захаров: «Необходимо отличать тонкую разницу между перераспределением полномочий по налогообложению, которое подпадает под суверенные полномочия государств-членов, и осуществлением полномочий по налогообложению государствами-членами, которые ответственны за уважение и соблюдение свобод, предоставляемых Договором о ЕС» [Захаров А.С., 2010: 63]. Данное утверждение, несомненно, применимо не только к ЕС, но к любому интеграционному объединению, ставящему целью образование внутреннего рынка. Так, нормы прямого действия ст. 67 Договора о ЕАЭС устанавливают, что либерализация торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций осуществляется с учетом международных принципов и стандартов путем гармонизации законодательства государств-членов и организации административ-

¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 47–390.

² Договор о Евразийском экономическом союзе. Подписан в Астане 29.05.2014. Available at: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 16.01.2015)

³ Case C-270/83 *Commission v France* [1986] ECR 273, judgement of 28 January 1986.

ного сотрудничества компетентных органов государств-членов. При этом обязанность проводить поэтапную либерализацию возложена Договором на государства-члены.

В части прямых налогов основные свободы защищают субъектов налоговых отношений от необоснованной дискриминации и схожи с защитой, предоставляемой международными налоговыми соглашениями. Как отмечает Ю. Кокотт, основные свободы запрещают не только любую непосредственную или опосредованную дискриминацию по признаку гражданства или места нахождения предприятия, но в первую очередь любое государственное воздействие, ограничивающее реализацию экономических прав граждан и юридических лиц [Kokott J., Ost H., 2011: 496].

Все основные свободы реализуются непосредственно, т.е. не требуют дополнительных правовых актов ни со стороны Союза, ни со стороны государств-членов. Очевидно, что основные свободы вступают в конфликт с налоговым суверенитетом государств-членов. На уровне первичного права необходимо найти норму материального права, разрешающую этот конфликт. Подобное налогово-правовое регулирование в учредительных договорах заложено только для свободного перемещения товаров (раздел II ДФЕС, разделы VI и IX Договора о ЕАЭС). Это, прежде всего, означает, что товары из другого государства-члена не могут облагаться налогами по более высоким ставкам, чем аналогичные отечественные.

На уровне вторичного права потенциальный конфликт между основными свободами и нормами национального права разрешить сложнее: здесь, как правило, все полномочия, не урегулированные союзным правом, остаются за государствами-членами. Подобные конфликты разрешает Суд ЕС, применяя свою монополию на толкование союзного законодательства.

2. Особенности гармонизации в сфере прямого налогообложения

Развитие налогового права интеграционных объединений обусловлено дуализмом прямых и косвенных налогов. Несмотря на условность [Шахматьев А.А., 2014: С. 325]; [Соколов А.А., 2003: 93–120], деление налогов на прямые и косвенные имеет основополагающее значение: соотношение прямых и косвенных налогов является важнейшим структурным показателем налоговой системы.

Прямые налоги всегда привязаны к конкретному государству. Между тем интеграционное объединение предполагает существование внутреннего рынка при открытых границах, договорной основой чего служит свободное от дискриминации и ограничений передвижение товаров, работ, услуг и

рабочей силы. Между тем национальные налоговые системы требуют роста налоговых доходов. Этот момент является точкой напряжения между интересами государств-членов, которым необходимо повышать их доходы, и интересами Союза в создании внутреннего рынка.

Классификация налогов на прямые и косвенные отражена в учредительных договорах интеграционных объединений. Прямое налогообложение оказывает меньшее влияние на функционирование союзной экономики по сравнению с косвенным, остается в компетенции государств-членов и регулируется на уровне интеграционных объединений лишь в отдельных аспектах, связанных с реализацией основных свобод. К таким аспектам относятся избежание двойного налогообложения прибыли дочерних компаний, когда материнская и дочерняя компании являются резидентами разных государств-членов; налогообложение прироста капитала, возникающего при проведении трансграничных операций по реорганизации компаний; порядок налогообложения процентов и роялти, выплачиваемых между материнскими и дочерними компаниями разных государств-членов; налогообложение доходов физических лиц от сбережений в форме выплаты процентов.

Наиболее наглядно процессы интеграции прослеживаются на примере ЕС. При создании Европейских сообществ гармонизация прямых налогов не рассматривалась как их цель. Тем не менее на определенном этапе развития общего рынка выяснилось, что гармонизация требуется и в этой сфере. Мнения Европейской комиссии и государств-членов относительно необходимости такой гармонизации были противоположными. В результате введение общих мер для всех государств-членов ЕС в основном проходило с помощью средств налоговой координации, то есть без создания актов вторичного права ЕС.

Сфера прямого налогообложения чувствительно воспринимается государствами-членами с позиции их суверенитета, что обуславливает осторожность в отношении экономико-политического регулирования налоговой конкуренции в этой сфере. Это оказывает влияние на процессы налоговой интеграции в сфере налогообложения прибыли и доходов.

В ЕАЭС, в отличие от Таможенного союза, помимо вопросов обеспечения свободного движения товаров в рамках единого экономического пространства, впервые решаются проблемы, связанные с обеспечением свободного движения капитала, услуг и рабочей силы, а также гармонизации и унификации национальных налоговых законодательств, в том числе путем заключения международных договоров. Например, важную роль в международно-правовом регулировании иностранных инвестиций играют двусторонние договоры о поощрении и взаимной защите капиталовложений. В частности, Российская Федерация заключила с различными государствами свыше 40 соглашений.

Адресатами основных свобод являются: 1) государства-члены интеграционных объединений; 2) органы Союза (в редких случаях, когда посредством союзных правовых актов происходит фактическое сегментирование национальных рынков на внутреннем рынке или затрудняется свободное перемещение, например, посредством запрета определенных продуктов⁴); 3) частные субъекты: предприятия, граждане и т.д.

Важно отметить, что основные свободы обеспечивают свободное перемещение товаров, услуг, капитала и рабочей силы за пределами границ государств-членов, вместе с тем они не гарантируют аналогичных свобод в границах государств-членов.

3. Нормы, регулирующие действие основных свобод, в учредительных договорах ЕС и ЕАЭС

3.1. Свобода передвижения товаров

В силу тематики настоящего исследования мы не уделим свободе передвижения товаров много внимания: в науке налогового права признан факт, что эту тематику следует рассматривать в исследованиях либо по косвенному налогообложению, либо по таможенному праву [Englmair V., 2010: 43].

До подписания Договора о ЕАЭС в юридической науке отмечалась проблема «однобокости построения экономической интеграции в рамках ЕвразЭС» [Вельяминов Г.М., 2015: 502]. Таможенный союз был призван обеспечивать лишь свободу передвижения товаров, Договор о ЕАЭС закрепил все четыре свободы. В ЕАЭС осуществляется единое таможенное регулирование в соответствии с Таможенным кодексом ЕАЭС, релевантными международными договорами и актами, составляющими право ЕАЭС, а также в соответствии с положениями Договора о ЕАЭС.

В ЕС также налицо изменения правового регулирования. В Римском договоре приоритетны были исключительно экономические цели, первым шагом на пути к которым должно было стать создание Таможенного союза. Члены ЕЭС договорились об установлении общего внешнего таможенного тарифа и передаче Сообществу полномочий по определению общей торговой политики ЕЭС. В Сообществе преобладала полная гармонизация, предусматривающая замену национальных норм нормами права ЕС (в частности, замену национальных технических стандартов соответствующими европейскими). На практике такая гармонизация оказалась трудно реализуемой.

⁴ Case C-154/04, *The Queen, on the application of Alliance for Natural Health and Nutri-Link Ltd v Secretary of State for Health*, Judgment of 12 July 2005.

Лиссабонский договор определил основные направления европейской интеграции, целью которого является создание внутреннего рынка. Ю.М. Юмашев и Е.В. Постникова отмечают: «Поскольку свобода движения товаров имеет решающее значение для успешного формирования и эффективного функционирования внутреннего рынка, нормы, регулирующие эту сферу, императивны и имеют приоритет перед другими нормами ДФЕС. А сфера применения исключений, допускающих применение национального регулирования государств-членов, крайне узка. Кроме того, Суд ЕС толкует эти исключения ограничительно и только с точки зрения недопущения или смягчения их негативных последствий для свободы движения товаров» [Юмашев Ю.М., Постникова Е.В., 2014: 118].

Нормы права ЕС, регулирующие применение основных свобод, являются нормами прямого действия. Основными субъектами регулирования торговли являются государства-члены. Как отмечает Г. Кофлер, главным пунктом, по которому обычно идут вразрез право Союза и национальное налоговое право, является совместное применение четырех свобод и норм, устанавливающих принцип запрета дискриминации [Kofler G., 2006: 14]. Меры, прямо или косвенно препятствующие торговле, ныне толкуют как синоним прямой или косвенной дискриминации импортных товаров, что подпадает под запрет ст. 34 ДФЕС. В связи с этим для регулирования свободы движения товаров важны ст. 110, запрещающая государствам-членам дискриминационное налогообложение во взаимной торговле, и ст. 207 ДФЕС, если речь идет о торговле с третьими странами в рамках общей торговой политики ЕС.

3.2. Свобода оказания услуг

Пункт 1 статьи 56 ДФЕС устанавливает принцип данной свободы внутри ЕС: данная свобода не реализуется в отношении третьих стран. Это касается и услуг на рынке капиталов, которые отделены от либерализованного движения капиталов, поскольку предметом договора об оказании услуг в данном случае является не перемещение капитала как таковое, а оказание услуги за вознаграждение.

Из текста ст. 57 ДФЕС следует, что свобода оказания услуг производна от свободы передвижения товаров, рабочей силы и капитала. Эта свобода была выделена, поскольку трансграничное оказание услуг может иметь место без перемещения товаров или капитала либо без образования постоянного представительства за границей. Сюда относятся банковские услуги, страхование, передача данных, туристические услуги, а также передача цифровых товаров/услуг (программного обеспечения, информации, музыки или фильмов) через Интернет. С развитием цифровой экономики грань между товаром, капиталом и услугой зачастую стирается. Согласно ст. 65 Догово-

ра о ЕАЭС услуги, оказываемые в сфере финансовых рынков, естественных монополий, энергетики и транспорта, регулируются положениями этих разделов соответственно.

Свобода оказания услуг обеспечивает производителю услуг право войти на рынок (доступ на рынок) и право работать на этом рынке наравне с национальными производителями (равенство на рынке). Нормы, регулирующие осуществление указанной свободы, имеют прямое действие, и на них могут опираться национальные суды в случае спора. Свобода распространяется и на потребителя услуг: он вправе перемещаться в государство нахождения производителя услуг с целью получения этой услуги и имеет равный правовой статус с национальными получателями аналогичной услуги. Примерами мер, признанных в связи с этим Судом ЕС недопустимыми, были сниженные цены за посещение итальянских музеев только для итальянских студентов⁵ или отказ выплатить ущерб незастрахованному иностранному туристу, пострадавшему в транспортной аварии, на том основании, что он не является резидентом⁶.

Важное новшество, которое вступило в силу с началом функционирования ЕАЭС — формирование единого рынка услуг. Одним из его элементов является взаимное признание квалификаций и разрешений на поставку услуг, которое обеспечивается в рамках поэтапной либерализации секторов услуг.

Договор впервые дает определение и устанавливает правовые основы единого рынка услуг, основными составляющими которого являются:

- а) освобождение поставщика услуг от повторного учреждения в форме юридического лица;
- б) возможность оказания услуг, выполнения работ на основании разрешения на поставку услуг, выданного на территории государства-члена, где зарегистрирован услугодатель;
- в) признание профессиональной квалификации персонала поставщика услуг.

Правовые основы регулирования торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций в государствах-членах ЕАЭС определяются приложением № 16 к Договору о ЕАЭС.

В отличие от утратившего силу Соглашения о торговле услугами и инвестициях в государствах-участниках Единого экономического пространства от 09.12.2010⁷ положения раздела XV Договора о ЕАЭС применяются к мерам государств-членов, затрагивающим не только поставку, но и получение услуг, учреждение, деятельность, а также осуществление инвестиций. Важ-

⁵ Case C-388/01 Commission of the European Communities v Italian Republic, judgement of 16 January 2003.

⁶ Case C-186/87 Ian William Cowan v Trésor public, judgement of 2 February 1989.

⁷ СЗ РФ. 2012. № 4. Ст. 453.

нейшим пунктом является замена декларативного целеполагания («желая создать условия для расширения взаимной торговли услугами и повышения уровня ее либерализации») на нормы прямого действия («обеспечение свободы торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций»). Таким образом, с 01.01.2015 государства-члены приняли на себя обязательства по формированию и функционированию единого рынка услуг, в рамках которого услугодателям в дополнение к имеющимся режимным механизмам предоставлен максимально возможный уровень свободы.

3.3. Свобода учреждения

Свобода учреждения включает доступ к деятельности, не являющейся наемным трудом, и осуществление этой деятельности, а также создание предприятий и управление ими на условиях, определенных законодательством страны учреждения для ее собственных граждан, при соблюдении положений главы о капиталах (ст. 49 ДФЕС). Она применяется как к физическим, так и к юридическим лицам.

Приложение 16 к Договору о ЕАЭС определяет учреждение как:

создание и (или) приобретение юридического лица (участие в капитале созданного или учрежденного юридического лица) любой организационно-правовой формы и формы собственности, предусмотренных законодательством государства-члена, на территории которого такое юридическое лицо создается или учреждается;

приобретение контроля над юридическим лицом государства-члена, выражающееся в получении возможности непосредственно или через третьих лиц определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе путем распоряжения голосами, приходящимися на голосующие акции (доли), путем участия в совете директоров (наблюдательном совете) и в иных органах управления такого юридического лица;

открытие филиала;

открытие представительства;

регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя.

По мнению М. Дальберга, из определения свободы учреждения следует, что учредитель уполномочен осуществлять названную деятельность при условиях, установленных для граждан государства-члена, в котором образовано предприятие (host state) [Dahlberg M., 2005: 148]. В то же время ст. 49 ДФЕС запрещает ограничения свободы учреждения граждан одного государства-члена на территории другого. Данный запрет также распространяется на ограничения создания представительств, филиалов или дочерних предприятий гражданами одного из государств-членов, учредившими собственное дело на территории любого из них.

Свобода учреждения распространяется в равной степени на физических и юридических лиц, включая право самостоятельной деятельности, право создания и управления предприятиями (свобода доступа на рынок), а также право на одинаковый правовой статус в другом государстве-члене ЕС (равенство на рынке). Свобода охватывает право создания предприятий (первичное учреждение) и право на создание филиалов, представительств, агентств (вторичное учреждение) [Merzler V., 2008: 39].

Национальное законодательство, регулирующее учреждение и деятельность предприятий, не может содержать избыточных требований к субъектам рынка, а также сохранять непрозрачные процедуры допуска на рынок. Решения Суда ЕС по делам Daily Mail⁸, Centros⁹, Überseering¹⁰, Inspire Art¹¹ и Cartesio¹², вынесенные на рубеже XX и XXI веков, привлекли беспрецедентное внимание исследователей по всей Европе.

Так, Daily Mail решила перенести головной офис из Великобритании в Нидерланды с целью продажи активов в Нидерландах с их более благоприятным режимом налогообложения. Однако британское законодательство требовало согласия британского казначейства со сменой налогового резидентства. Daily Mail оспорила эту норму, заявив, что она создает препятствие свободе учреждения и противоречит Договору о ЕС. Однако основной причиной смены резидентства компании был уход от налогообложения. Суд ЕС отметил, что свобода учреждения реализуется посредством образования агентств, филиалов или дочерних обществ, а также участия в инкорпорации компании в другом государстве-члене. В ситуации с Daily Mail, по мнению Суда, британские нормы не ограничивали ни одну из названных форм. Поскольку нормы, касающиеся компаний, перемещающих органы своего управления и контроля, не были гармонизированы на уровне Сообщества, Суд подтвердил, что компании «являются созданиями национального права. Они существуют только на основе национального законодательства, определяющего их образование и функционирование» [Knobbe-Keuk B., 1994: 74–85].

Таким образом, в областях, где действуют негармонизированные правовые нормы, государства-члены интеграционных объединений вправе ограничивать основные свободы, если это необходимо в общих интересах.

⁸ Case 81/87, *The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, [1988] ECR 5483.

⁹ Case C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, judgment of 9 March 1999.

¹⁰ Case C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, judgement of 5 November 2002.

¹¹ Case C-167/07 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, judgement of 5 November 2002.

¹² Case C-210/06 *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, judgment of 16 December 2008.

3.4. Свобода передвижения рабочей силы

Свобода перемещения лиц, по замечанию А.О. Четверикова, за истекшие полвека превратилась «из сугубо экономической привилегии отдельных категорий граждан и коммерческих организаций государств-членов («свобода передвижения работников» для лиц наемного труда и «свобода учреждения» для субъектов предпринимательской деятельности) в подлинно основное личное (гражданское) право человека и гражданина» [Четвериков А.О., 2013: 77–83]. Эта свобода обеспечивает недискриминацию в отношении трудоустройства, установления заработной платы и условий труда.

Правовую основу данной свободы в ЕС представляют нормы первичного права ЕС (ст. 45–48 ДФЕС) и нормы, закрепленные в актах вторичного права ЕС (директивах и регламентах). В целом территориальная сфера регулирования свободы совпадает со сферой действия учредительных договоров ЕС (ст. 52 ДЕС, ст. 349 и 355 ДФЕС) и включает также территории стран ЕАСТ (Исландия, Лихтенштейн, Норвегия).

Свобода передвижения работников охватывает только граждан государств-членов интеграционных объединений. Наемные работники из третьих стран, апатриды и беженцы не могут пользоваться преимуществами данной свободы в полном объеме. Их статус определяется актами вторичного права, а в ряде случаев и международными договорами Союза. Поэтому при конкуренции на рынке труда между наемными работниками из государств-членов и из третьих стран предпочтение будет отдаваться первым [Orpermann T., 2005: 519]. Согласно ст. 97 Договора о ЕАЭС работодатели государства-члена вправе привлекать к трудовой деятельности трудящихся государств-членов без учета ограничений по защите национального рынка труда. При этом трудящимся государств-членов не требуется получение разрешения на трудовую деятельность в государстве трудоустройства. Кроме того, государства-члены ЕАЭС не устанавливают и не применяют ограничений, установленных их законодательством в целях защиты национального рынка труда, за исключением ограничений, установленных данным Договором и законодательством государств-членов в целях обеспечения национальной безопасности и общественного порядка, в отношении осуществляемой трудящимися государств-членов трудовой деятельности, рода занятий и территории пребывания.

Для применения норм, регулирующих действие свободы передвижения работников, необходимо наличие трудовых отношений. При этом термин «трудоустройство» должен толковаться не исходя из законодательств государств-членов, но в самостоятельном союзном значении [Картеун Р., McDonnell A., Mortelmans K., Timmermans C., 2008: 704]. Так, в статье 45 ДФЕС, по замечанию Ю.М. Юмашева и Е.В. Постниковой, дается квинтэс-

сущности содержания свободы движения трудящихся и механизма ее реализации: очерчивается объем прав лиц наемного труда — граждан государств-членов, устанавливается основной принцип их осуществления, а также оговариваются условия ограничения этого принципа и исключения из него [Юмашев Ю.М., Постникова Е.В., 2014: 68].

Договор о ЕАЭС расширил понятие трудовой деятельности, включив возможность работать не только по трудовому, но и по гражданско-правовому договору выполнения работ или оказания услуг. Кроме того, сужен перечень ограничений осуществляемой трудящимися государств-членов деятельности, рода занятий и территории пребывания, оставив их только в целях обеспечения национальной безопасности (в том числе в отраслях экономики, имеющих стратегическое значение) и общественного порядка (п. 2 ст. 97).

В статьях 46 и 47 ДФЕС рассматриваются инструменты формирования механизма регулирования свободы движения работников: посредством принятия актов вторичного права ЕС и тесного сотрудничества с государствами-членами в устранении препятствий реализации этой свободы. Среди актов вторичного права ЕС, принятых в развитие вышеназванных норм ДФЕС, отметим Регламент 492/2011 о свободе передвижения трудящихся в Союзе¹³; Директиву 2004/38/ЕС о праве граждан ЕС и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов¹⁴; Директиву 2003/109/ЕС о статусе граждан третьих стран, долгосрочно проживающих в ЕС¹⁵ и др.

В европейской литературе отмечается, что свобода передвижения работников в конкретных случаях нуждается в верификации запрета любой дискриминации, основанной на гражданстве или, наиболее часто, на резидентстве [Peeters B., 2016: 58]. Суд ЕС в последние 20 лет рассматривал дела, затрагивающие права налогоплательщиков, которые сочли, что их права нарушены требованиями национального налогового законодательства¹⁶. Про-

¹³ Regulation (EU) No. 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on Freedom of Movement for Workers within the Union // OJ. 2011. L 141. P. 1–12.

¹⁴ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States Amending Regulation (EEC) No. 1612/68 and Repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC // OJ. 2004. L 158. P. 77–123.

¹⁵ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 Concerning the Status of Third-Country nationals who are Long-Term Residents // OJ. 2003. L 16. P. 44–53.

¹⁶ Например, Case C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker, ECJ, judgement of 14 February 1995; Case C-80/94 G.H.E.J. Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen, ECJ, judgement of 11 August 1995; Case-204/90 Hanns-Martin Bachmann v Belgian State, ECJ, judgement of 28 January 1992; Case C-224/02 Heikki Antero Pusa v Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö, ECJ, judgement of 29 April 2004; Case C-319/02 Petri Manninen, ECJ, judgement of 7 September 2004.

верка этого факта Судом включает подробный тест на дискриминацию, суть которого была рассмотрена ранее.

Профессор М. Ажан отмечает, что применительно к прямому налогообложению различия в правовом режиме резидентов и нерезидентов не всегда признаются дискриминационными [Aujean M., 2016: 5]. При налогообложении дохода нерезидента (y) государством X полномочия государства по налогообложению основаны на связи между налогооблагаемым доходом и территорией, на которой государство осуществляет эти полномочия: при этом учитываются особенности налогоплательщика как такового. При налогообложении же собственных резидентов (x) полномочия государства X основаны на связи между налогоплательщиком и территорией государства.

Изложенное объясняет, почему при налогообложении резидентов учитывается мировой доход, а при налогообложении нерезидентов — только источник дохода. Расчет налогооблагаемого дохода в государстве-источнике должен быть сравнимым для резидентов и нерезидентов, но льготы или вычеты, не связанные с налогооблагаемым доходом как таковым, для этих категорий лиц могут различаться¹⁷. В этом смысле иллюстративна ст. 24 (3) Модельной конвенции ОЭСР в отношении налогов на доходы и капитал (далее — МК ОЭСР)¹⁸ согласно которой концепция дискриминации не должна толковаться как обязывающая одно Договаривающееся Государство предоставлять льготы резидентам другого Договаривающегося Государства какие-либо личные налоговые льготы, скидки и вычеты для целей налогообложения на основе их гражданского статуса или семейного положения, которые оно предоставляет своим резидентам¹⁹.

Комментарий к МК ОЭСР поясняет, что целью этого исключения является избежание установления преференциального режима налогообложения нерезидентов, поскольку они будут получать личные и связанные с семейным статусом льготы в обоих государствах. Вместе с тем Комментарий упоминает возможность выбора государства-источника предложить такие льготы пропорционально размеру источника прибыли, приходящейся на это государство в части общемирового дохода²⁰.

Таким образом, толкование свободы передвижения работников может быть кратко сформулировано как право иностранного работника трудиться в рамках того же правового режима, что и граждане данного государства.

¹⁷ Case C-376/03, D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenlandte Heerlen, judgement 5 July 2005.

¹⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing. Available at: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en (дата обращения: 20.07.2020)

¹⁹ Ibid.

²⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, Section 36 OECD Commentary on Art. 24.

Критерии, основанные на резидентстве, могут повлечь скрытую дискриминацию: поскольку лица находятся в одной и той же ситуации, налогообложение их дохода должно быть равным. Если же личные обстоятельства лица, работающего за границей, не принимаются во внимание ни в одном из государств, встает вопрос о дискриминации, обстоятельства оправдания которой нужно доказать.

В европейской науке налогового права обращается внимание на тот факт, что при обосновании своих решений Суд ЕС не только сравнивает режим в государстве-источнике X для резидента x и нерезидента y, но также отталкивается от того принципа, что физическое лицо как минимум имеет право на то, чтобы его личное положение было принято во внимание при определении того, какие налоги оно обязано уплатить [Santiago B., 2009: 258–259]. Поскольку налоговое законодательство находится в компетенции государств-членов, различия в их правовых режимах приемлемы. Вместе с тем нельзя забывать и о концепции недискриминации.

Как правило, личное положение лучше всего учитывать в «домашнем» государстве (home state). Если основная часть иностранного дохода получена в другом государстве-члене, это не может негативно повлиять на налоговый режим в «домашнем» государстве. Суд ЕС указывал, что в таких обстоятельствах налогоплательщик будет подвергнут дискриминации в сравнении с резидентом, получающим весь доход только в государстве резидентства²¹. При этом хотя личное положение налогоплательщика (например, наличие несовершеннолетних иждивенцев) может быть принято во внимание, например, при оказании социальной поддержки, оно не принимается во внимание налоговыми органами, пока оно не влияет на налогооблагаемый доход лица [Englmair V., 2010: 62].

Такой подход, получивший название концепции «все или ничего» [Knobbe-Keuk B., 1994: 77]; [Teixera G., 2006: 52], при определении факта налоговой дискриминации имеет пределы применения: другие дискриминирующие различия по-прежнему могут иметь место. Кроме того, этот подход обязывает государства ЕС обращать внимание на режимы налогообложения в других государствах-членах, являющиеся оплотом налогового суверенитета последних.

В европейской литературе звучат предложения о замене подхода «все или ничего» пропорциональным подходом, при котором каждое государство предлагает налогоплательщику налоговые льготы пропорционально доходу, полученному на его территории [Wattel P., 2000: 210–223]; [Schön W., 2015: 286]. Однако этот подход также вызывает вопросы с точки зрения принципа запрета дискриминации.

²¹ Case C-385/00, F.W.L. De Groot, ECJ, judgement of 12 December 2002; Case C-303/12, G. Imfeld and N. Garcet, ECJ, judgement of 12 December 2002.

3.5. Свобода движения капитала

Свобода движения капитала часто пересекается со свободой учреждения и свободой услуг. По образному выражению профессора В. Шёна, «говоря экономическими терминами, свобода учреждения охватывает прямые иностранные инвестиции, а свобода движения капитала защищает портфельные инвестиции» [Schön W., 2012: 476]. Суд ЕС указал, что поскольку свобода перемещения капитала включает его движение между ЕС и третьими странами, портфельные инвестиции как из третьих стран в ЕС, так и наоборот, также охватываются этой свободой²².

ДФЕС не дает определения свободы движения капитала. Суд ЕС, толкуя нормы раздела IV ДФЕС, обратился к директиве о движении капитала²³, содержащей перечень составляющих этой свободы: финансовые сделки в отношении натурального или денежного капитала, прямые инвестиции, инвестиции в недвижимость, ценные бумаги, займы, гарантии, подарки и наследство. Денежные поступления, например, в форме дивидендов и процентов, также охватываются данной свободой.

Договор о ЕАЭС использует не термин «свобода движения капитала», а «свобода осуществления инвестиций», и содержит даже более совершенные элементы правового регулирования названной свободы, закрепив понятие инвестиций. Под инвестициями понимаются материальные и нематериальные ценности, вкладываемые инвестором одного государства-члена в объекты предпринимательской деятельности на территории другого члена в соответствии с законодательством последнего, в том числе: денежные средства (деньги), ценные бумаги, иное имущество; права на предпринимательскую деятельность, предоставляемые на основе законодательства государств-членов или по договору, включая, в частности, права на разведку, разработку, добычу и эксплуатацию природных ресурсов; имущественные и иные права, имеющие денежную оценку.

Свобода движения капитала в соответствии со ст. 63 ДФЕС запрещает любые ограничения на перемещения капиталов и платежи между государствами-членами, а также между государствами-членами и третьими странами. В. Шён говорит о том, что капитал должен быть инвестирован там, где он принесет наибольший доход» [Schön W., 2015: 748]. Особенностью данной свободы является то, что она применима в отношениях не только между государствами-членами, но и между государствами-членами и третьими странами. Поэтому свобода движения капитала является объектно ориен-

²² Joined Cases C-436/08 and C-437/08 (Haribo Lakritzen), judgement of 10 February 2011.

²³ Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty // OJ L 178 of 8 July 1988.

тированной и, в отличие от других свобод, ее адресаты ничем не ограничены [Mortelmans К., 2008: 767]. Так, согласно п. 70 Приложения 16 к Договору о ЕАЭС каждое государство-член предоставляет при таких же (подобных) обстоятельствах инвесторам любого другого государства-члена, их инвестициям и деятельности, связанной с такими инвестициями, режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый инвесторам любого третьего государства, их инвестициям и деятельности, связанной с такими инвестициями.

Договором о ЕАЭС расширены гарантии прав инвесторов с сохранением всех ранее предоставлявшихся им прав. Введены понятия инвестора, инвестиций, деятельности в связи с инвестициями, что позволило распространить правовые нормы о защите и поощрении инвестиций на все категории инвесторов государств-членов, а также расширить сферу применения норм о защите и поощрении инвестиций, на любые иные виды инвестиций, не охватываемые Соглашением. При этом для инвестора предусмотрено право выбора наиболее благоприятного режима (национального или наибольшего благоприятствования).

Исследователи отмечают, что существенной новеллой Договора о ЕАЭС является введение полноценного режима защиты иностранных инвестиций [Шумилов В.М., Боклан Д.С., Лифшиц И.М., 2015: 93], предусматривающего предоставление справедливого и равного режима (п. 68), национального режима (п. 69) и режима наибольшего благоприятствования (п. 70–71), репатриацию доходов (п. 75), возмещение ущерба (п. 78–79), быструю и адекватную компенсацию при экспроприации (п. 79–81), суброгацию прав инвестора государству-члену (п. 82–83). Инвестору оставляется право выбрать для разрешения спора как суд государства-реципиента, так и арбитраж при торговой палате *ad hoc* согласно Арбитражному регламенту Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) или Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС), созданного в соответствии с Вашингтонской конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (1965), для разрешения спора в соответствии с положениями этой Конвенции (при условии, что она вступила в силу для обоих государств-членов сторон спора) или в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС (если Конвенция не вступила в силу для обоих или одного из государств-членов сторон спора). Вместе с тем Договором закреплено право государств-членов ограничивать деятельность инвесторов других членов, вводить изъятия из национального режима, что может затруднить создание единого инвестиционного пространства.

При этом государства-члены должны отменить действующие и не вводить новые ограничения в отношении переводов и платежей в связи с торговлей услугами, учреждением, деятельностью и инвестициями.

Гарантировано право инвестора на беспрепятственное осуществление переводов денежных средств и платежей, связанных с инвестициями в любую страну по усмотрению инвестора. Установлены гарантии в отношении инвестиций и деятельности, связанной с такими инвестициями, в отношении как видов инвестиций (денежных обязательств, недвижимого имущества, портфельных инвестиций и т.д.), так и в отношении способов защиты (положения о возмещении ущерба и гарантии прав инвесторов при экспроприации или национализации; положения о порядке разрешения инвестиционных споров и т.д.).

Таким образом, совершенствование правового регулирования инвестиционных и иных экономических отношений активно ведется в рамках ЕАЭС в соответствии с Договором о ЕАЭС, закрепившим правовые основы регулирования торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций в государствах-членах.

Заключение

В сфере налогообложения прибыли и доходов основные свободы являются «проводниками» негативной интеграции, устанавливая запреты на все различия в налогообложении в сравнимых трансграничных и национальных ситуациях. Нормы, регулирующие применение основных свобод, подлежат приоритетному применению по сравнению с любой нормой национального налогового права или нормой, закрепленной в налоговом соглашении, которая нарушает одну из основных свобод. Особенно наглядно это прослеживается на примере практики Суда ЕС, решения которого стали основным двигателем интеграции в сфере корпоративного и подоходного налогообложения в ЕС.

В то время как учредительные договоры наделили интеграционные объединения полномочиями в области косвенного налогообложения, в сфере прямого налогообложения государства-члены свободны организовывать налоговое законодательство по своему усмотрению, принимая во внимание действие основных свобод. Действие этих свобод обеспечивается судом интеграционного объединения во взаимодействии с национальными судами.

Налоговое право интеграционного объединения служит основным механизмом создания и надлежащего функционирования внутреннего рынка, представляющего собой пространство без внутренних границ, на территории которого в соответствии с учредительными договорами обеспечиваются свободное передвижение товаров, услуг, капитала и рабочей силы. Эффективность права интеграционного объединения обеспечивается посредством различных механизмов, в первую очередь, принципом примата интеграции-

онного права над национальным правом, а также прямым действием норм интеграционного права.

В отличие от международного публичного права, приоритет интеграционного права не устанавливается нормами национального права, но установлен интеграционным правом. Поэтому союзное право имеет природу *sui generis*. Это обусловлено тем, что государства-члены уже передали Союзу часть своих суверенных прав.

Монополией на толкование интеграционного права обладает суд интеграционного объединения. Полагаем, что на перспективу Суду ЕАЭС следует учитывать опыт Суда ЕС, подтвердившего в свое время прямое действие норм, регулирующих действие основных свобод, применительно к сфере прямого налогообложения. Это потребует нормативного закрепления в Договоре о ЕАЭС. Суд призван обеспечивать единообразное толкование общих норм права, устанавливая связь между нормами учредительных договоров и нормами национального права.

Нормы, регулирующие действие основных свобод, не имеют гармонизирующего эффекта, но запрещают дискриминацию и ограничения внутри Союза. Таким образом, основные свободы устанавливают минимальный стандарт налогового права государств-членов в отношении трансграничных перемещений: в этом случае правовой режим должен быть как минимум таким же, как во внутренней ситуации.

Исходя из изложенного, выделим проблемы взаимодействия национальных налоговых режимов и основных свобод, лежащих в основании внутреннего рынка:

обстоятельства, при которых возможен запрет дифференцированного налогового режима для налогоплательщиков из разных государств-членов (режим наибольшего благоприятствования);

влияние основных свобод на предотвращение двойного налогообложения;

баланс между свободой передвижения внутри Союза и полномочиями по установлению налога (например, вопрос, достаточно ли традиционной концепции недискриминации для влияния на национальные налоговые меры, применяемые к трансграничным ситуациям, не имеющим аналогов в чисто национальных ситуациях).



Библиография

Баев С.А. Соглашения об избежании двойного налогообложения между Россией и государствами-членами ЕС: сравнительно-правовое исследование. М.: Волтерс Клувер, 2007. 240 с.

Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М.: Статут, 2015. 1006 с.

- Захаров А.С. Налоговое право ЕС: актуальные проблемы функционирования единой системы. М.: Волтерс Клувер, 2010. 672 с.
- Кашкин С.Ю. (отв. ред.) Интеграционное право в современном мире: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2015. 416 с.
- Соколов А.А. Теория налогов. М.: Юринфор, 2003. 506 с.
- Четвериков А.О. Развитие права Суда ЕС в области свободы передвижения лиц // *Цивилист*. 2013. N 1. С. 77–83.
- Шахмаматьев А.А. Международное налоговое право. М.: Международные отношения, 2014. 824 с.
- Шумилов В.М., Боклан Д.С., Лифшиц И.М. Правовые новеллы договора о Евразийском экономическом союзе // *Российский внешнеэкономический вестник*. 2015. N 4. С. 88–100.
- Юмашев Ю.М., Постникова Е.В. Экономическое право Европейского союза. М.: Норма, 2014. 384 с.
- Adamczyk L. Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation / P. Lang et al, eds. *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. Wien: Linde, 2010, pp. 13–42.
- Aujean M. Some Twenty-Seven Years After. *EC Tax Review*, 2016, issue 2, pp. 56–57.
- Dahlberg M. Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital. The Hague: Kluwer Law International, 2005, 384 p.
- Englmair V. The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation. *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, pp. 43–92.
- Knobbe-Keuk B. Restrictions on the fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty by discriminatory tax provisions — ban and justification. *EC Tax Review*, 1994, vol. 3, pp. 74–85.
- Kofler G. Europäische Grundfreiheiten, nationales Steuerrecht und die Rolle des EuGH. *Taxlex*, 2006, no 1, S. 13–20.
- Kokott J. Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten. *Grundfreiheiten in Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten*. M. Lehner (ed.). München: Beck, 2000, S. 1–23.
- Kokott J., Ost H. Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht. *EuZW*, 2011, no 13, S. 496–503.
- The Law of the European Union and the European Communities*. The Hague: Kluwer Law International, 2008, 1644 p.
- Merzler V. Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation / *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. Wien: Linde, 2008, pp. 35–64.
- Oppermann T., Classen C., Nettesheim M. *Europarecht*. München: Beck, 2016, 698 S.
- Peeters B. Kieback: When Schumacker emigrates. *EC Tax Review*, 2016, issue 2, pp. 58–69.
- Santiago B. Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law. *European Taxation*, 2009, no 5, pp. 248–262.
- Schön W. Neutrality and Territoriality — Competing or Converging Concepts in European Tax Law. *Bulletin of International Taxation*, 2015, vol. 69, pp. 271–293.
- Schön W. Taxing Multinationals in Europe. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2012, pp. 471–499.
- Schön W. Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit / T. Ackermann, J. Köndgen (Hrsg.). *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa — Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 2015, pp. 551–581.

Teixera G. Tax Systems and Non-Discrimination in the European Union. *Intertax*, 2006, vol. 34, pp. 50–53.

Terra Ben J., Wattel P. *European Tax Law*. Kluwer Law International, 2012, 1144 p.

Wattel P. Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice. *European Taxation*, 2000, no 6, pp. 210–223.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

The Fundamental Freedoms and their Influence on Profit Taxation in EU and EAEU



Karina Ponomareva

Associate Professor, Department of State and Municipal Law, Dostoevsky Omsk University. Address: 100/1 50 Let Profsoyuzov, Omsk 644077, Russia. E-mail: karinaponomareva@gmail.com



Abstract

The article considers the role of fundamental freedoms in the mechanism of tax integration. The tax law of an integration association serves as a means of creating and proper functioning of the internal market, which is a space without internal borders, in the territory of which, in accordance with the constituent agreements, the free movement of goods, services, capital and labor is ensured. It is proved that the rules governing the action of fundamental freedoms are the rules of direct action with no harmonizing effect, but prohibit discrimination and restrictions within the association. Modern cross-border tax relations require the creation of an effective multi-level system of legal regulation based on the norms of international, supranational and national law. The study allowed to highlight the direction of the impact of fundamental freedoms on the legal regime of profit and income taxation in the European Union (hereinafter — the EU) and the Eurasian Economic Union (hereinafter — the EAEU), as well as to identify similarities and differences in the mechanisms of harmonization of profit and income taxation in the EU and the EAEU. The methodological basis of the research consists of both general scientific methods (dialectical-materialistic, systemic, induction, deduction, analysis, synthesis) and interdisciplinary research methods. The study is based on a comparative legal method that allows to compare similar legal problems existing in the legislation and international treaties of the EAEU and the EU, as well as to identify the best ways to solve them. The formal legal method and the historical legal method are also used in the article. The conceptual difference between ways of harmonization in the areas of direct and indirect taxation is substantiated: direct taxation has less impact on the functioning of the Union economy in comparison with indirect taxation. Legal regulation of direct taxation remains within the competence of Member States and is carried out at the level of integration associations only in certain areas related to the implementation of fundamental freedoms. In addition, the study revealed the specifics of the principle of tax sovereignty in the field of integration tax law: tax sovereignty causes both the problem of tax competition and its solution in the form of cooperation of Member States.



Keywords

tax law; fundamental freedoms; tax sovereignty; European Union; Eurasian Economic Union; integration; direct taxation; corporate taxation; Court of Justice of the European Union.

Acknowledgments: The reported study was funded by Russian Foundation of Basic Research (RFBR), project number 20-11-00292 “Legal support of national tax security in international economic integration context”.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the National Research University Higher School of Economics academic publications.

For citation: Ponomareva K.A. (2020) The Fundamental Freedoms and their Influence on Profit Taxation in EU and EAEU. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 185–206 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.185.206



References

Adamczyk L. (2010) The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation. *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*. Lang P. et al (eds.). Wien: Linde, pp. 13–42.

Aujean M. (2016) Some Twenty-Seven Years After. *EC Tax Review*, issue 2, pp. 56–57.

Baev S.A. (2007) *Double tax convention between Russia and the EU*. Moscow: Wolters Kluwer, 240 pp. (in Russian)

Chetverikov A.O. (2013) The EU Court on the freedom of moment of individuals. *Tsivilist*, no 1, pp. 77–83 (in Russian)

Dahlberg M. (2005) *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*. The Hague: Kluwer Law International, 384 p.

Englmair V. (2010) The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation. *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation*, pp. 43–92.

Kashkin S.Yu. (ed.) (2015) *Integration law in the modern world*. Moscow: Prospect, 416 p. (in Russian)

Knobbe-Keuk B. (1994) Restrictions on the fundamental freedoms enshrined in the EC Treaty by discriminatory tax provisions — ban and justification. *EC Tax Review*, vol. 3, pp. 74–85.

Kofler G. (2006) Europäische Grundfreiheiten, nationales Steuerrecht und die Rolle des EuGH. *Taxlex*, no 1, S. 13–20.

Kokott J. (2000) Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten. *Grundfreiheiten in Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten*. M. Lehner (ed.). München: Beck, S. 1–23.

Kokott J., Ost H. (2011) Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht. *EuZW*, no 13, S. 496–503.

The Law of the European Union and the European Communities (2008) The Hague: Kluwer Law International, 1644 p.

Merzler V. (2008) The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation. *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. Wien: Linde, pp. 35–64.

- Oppermann T., Classen C., Nettesheim M. (2016) *Europarecht*. München: Beck, 698 S.
- Peeters B. (2016) Kieback: When Schumacker emigrates... *EC Tax Review*, issue 2, pp. 58–69.
- Santiago B. (2009) Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law. *European Taxation*, no. 5, pp. 248–262.
- Shakhmametyev A.A. (2014) *International tax law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnoshe-niya, 824 p. (in Russian)
- Schön W. (2015) Neutrality and Territoriality — Competing or Converging Concepts in European Tax Law? *Bulletin of International Taxation*, vol. 69, pp. 271–293.
- Schön W. (2012) Taxing Multinationals in Europe. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, no 11, pp. 471–499.
- Schön W. (2015) Kapitalverkehrsfreiheit und Niederlassungsfreiheit. T. Ackermann, J. Köndgen (Hrsg.) *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*. München: Beck, pp. 551–581.
- Shumilov V.M., Boklan D.S., Lifshits I.M. (2015) New laws in the EAEU Treaty. *Rossiyskiy vneshneekonomichesky vestnik*, no 4, pp. 88–100 (in Russian)
- Sokolov A.A. (2003) *Theory of taxes*. Moscow: Yurinfopress, 506 p. (in Russian)
- Teixera G. (2006) Tax Systems and Non-Discrimination in the European Union. *Intertax*, vol. 34, pp. 50–53.
- Terra Ben J., Wattel P. (2012) *European Tax Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1144 p.
- Vel'yaminov G.M. (2015) *International law: essays*. Moscow: Statut, 1006 p. (in Russian)
- Wattel P. (2000) Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice. *European Taxation*, no 6, pp. 210–223.
- Yumashev Yu. M., Postnikova E.V. (2014) *The economic law of the EU*. Moscow: Norma, 384 p. (in Russian)
- Zakharov A.S. (2010) *EU tax law*. Moscow: Wolters Kluwer, 672 p. (in Russian)

Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза



Е.В. Постникова

Доцент, Департамент международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: epostnikova@hse.ru



Аннотация

В статье анализируется правовое регулирование Европейским союзом (ЕС) запрета необоснованной гео-блокировки и иных форм дискриминации на основании гражданства, места жительства или места учреждения как препятствий созданию единого цифрового рынка ЕС. Целью исследования является выявление его особенностей и тенденций. Используются как общенаучные, так и специально-юридические методы — историко-юридический, формально-юридический, сравнительно-правовой подход, метод юридического прогнозирования. ЕС сталкивается с новыми вызовами, влияющими на достижение его целей, среди которых — цифровизация. Для улучшения правового регулирования внутреннего рынка необходимо постоянное его эволюционирование путем распространения интеграции на различные сферы цифровой деятельности. Так, внутренний рынок ЕС стал включать единый цифровой рынок, одной из опор которого выступает доступ покупателей к товарам и услугам электронной торговли. В статье выявлены проблемы при реализации права конкуренции ЕС, одной из которых является гео-блокировка. Дано определение ключевых понятий исследуемой сферы правоотношений. Необоснованная гео-блокировка означает дискриминационную практику, препятствующую доступу и приобретению товаров или услуг через веб-сайты, базирующиеся в другом государстве-члене ЕС. Она является существенным препятствием реализации основных свобод и/или значительным нарушением конкуренции. Как результат последовательных действий институтов ЕС принят акт о сближении законодательств, имеющий прямое действие — Регламент N 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации покупателей. Суть Регламента сводится к запрету прямой и скрытой дискриминации покупателей в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли, к товарам и услугам, условий оплаты, соглашений о пассивных продажах. Регламент предусматривает несколько оснований, по которым различное отношение продавцов к покупателям в зависимости от гражданства, места проживания и учреждения может быть оправдано. Действия институтов ЕС ведут к закреплению более жестких требований к продавцам товаров и поставщикам услуг в исследуемой сфере. Для полной реализации потенциала внутреннего рынка должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но также и частных субъектов, примером которых и является необоснованная гео-блокировка.



Ключевые слова

Европейский союз, право Европейского союза, гео-блокировка, внутренний рынок Европейского союза, единый цифровой рынок, электронная торговля, свобода движения товаров, свобода оказания услуг, принцип недискриминации.

Для цитирования: Постникова Е.В. Правовое регулирование запрета гео-блокировки в целях создания единого цифрового рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 207–234.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.207.234

Введение

Единый цифровой рынок является неотъемлемой частью внутреннего рынка Европейского союза (далее — ЕС). Для полной реализации потенциала внутреннего рынка и единого цифрового рынка, в частности, абсолютно недостаточно устранить государственные препятствия. Ведь основные действующие субъекты рынка — частные лица (как физические, так и юридические), а, точнее, продавцы товаров и поставщики услуг. Они могут свести на нет меры, принимаемые на уровне государств-членов ЕС, направленные на повышение эффективности функционирования внутреннего рынка. Это подтверждают, в частности, приверженцы французской доктрины Ж.-Л. Клержер, А. Грюбер и П. Рамбо, отмечая, что устранение всех препятствий на пути реализации экономических свобод внутреннего рынка недостаточно для гарантированного функционирования последнего. [Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., 2016: 389–390]. Например, это возможно посредством «гео-блокировки»¹, выявлению особенностей и тенденций правового регулирования запрета которой посвящено данное исследование.

Достижение цели исследования потребовало решения целого ряда задач. Во-первых, следовало подтвердить соотношение понятий внутреннего рынка и единого цифрового рынка. Во-вторых, учитывая, что терминология права ЕС как уникального интеграционного объединения со сложной правовой природой не присуща внутригосударственному праву, тем более российскому, было целесообразно раскрыть содержание ключевых понятий права ЕС в сфере запрета гео-блокировки. В-третьих, было необходимо установить, любая ли гео-блокировка означает препятствие на пути реализации единого цифрового рынка и в целом внутреннего рынка ЕС, а также существуют ли

¹ Иначе — гео-блокирование (по аналогии с англоязычным термином geo-blocking) или же блокировка или блокирование по географическому признаку (по аналогии с франкоязычным термином le blocage géographique).

обстоятельства, при которых она может считаться оправданной (если существуют, то какие именно). В-четвертых, следовало охарактеризовать механизм правового регулирования в данной сфере, т.е. выяснить, предметом регулирования каких видов правовых актов ЕС является гео-блокировка и какие их характеристики могут повлиять на устранение такого препятствия на практике. Необходимо было также определить и оценить сферу действия данных правовых актов в целом и отдельных закрепленных в них норм, в частности, а также провести сравнительный анализ этих актов и с иными актами ЕС. В-пятых, стояла задача определить возможность оценки действенности данного правового регулирования. Кроме того, необходимо было оценить деятельность институтов ЕС в создании правовой базы, направленной на устранение препятствий на пути создания единого цифрового рынка как части внутреннего рынка на примере запрета гео-блокировки. Используются как общетеоретические методы — анализ и обобщение, так и специально-юридические методы — историко-юридический, формально-юридический, сравнительно-правовой подход, а также метод юридического прогнозирования. Понимание механизмов правового регулирования внутреннего рынка ЕС и, в частности, электронной торговли, имеет важное значение для России как члена активно развивающихся экономических интеграционных объединений.

1. Единый цифровой рынок как неотъемлемая часть внутреннего рынка Европейского союза

Внутренний рынок — одно из главных достижений европейской интеграции — является самым мощным направлением экономического роста на уровне ЕС. В последние десятилетия ЕС сталкивается с целой серией новых вызовов, ведущую роль в реагировании на которые играет внутренний рынок. Среди таких вызовов, помимо притока легальных и особенно нелегальных мигрантов, угроз безопасности гражданам ЕС (в том числе угрозы терроризма), изменения климата, экономических кризисов, следует назвать ускорение внедрения новых технологий. Интернет, в том числе мобильный, онлайн-платформы и многие другие цифровые изобретения радикально изменили жизнь и стали неотъемлемой ее частью. Как известно, для действенности правового регулирования той или иной сферы необходимо приводить его в соответствие с реалиями сегодняшнего дня (например, с техническим прогрессом). Так, например, единый цифровой рынок включен в политику внутреннего рынка ЕС для реагирования на подобные вызовы. В 2015 г. Комиссией принята Стратегия Единого цифрового рынка для Европы², в которой приводится

² Working document «A Digital Single Market Strategy for Europe — Analysis and Evidence». Accompanying document «A Digital Single Market Strategy for Europe». COM (2015) 192 final. Brussels, 06.5.2015.

определение единого цифрового рынка: «Рынок, в котором обеспечивается свободное передвижение товаров, людей, услуг и капитала и где физические и юридические лица могут беспрепятственно получать доступ и осуществлять онлайн-операции в условиях добросовестной конкуренции, а также с высоким уровнем защиты прав потребителей и персональных данных, независимо от их национальности или места жительства». В 2017 г. Комиссия опубликовала Среднесрочный обзор исполнения Стратегии³.

В отчете Комиссии о функционировании Единого рынка за 2019 г. отмечается, что инициатива «Единый цифровой рынок» является долгосрочной европейской стратегией цифровой трансформации⁴. Комиссия в очередной раз подчеркнула, что цифровизация способствует оптимизации функционирования единого рынка, например, объединяя покупателей и поставщиков в разных государствах-членах или делая доставку товаров и услуг через границу дешевле и быстрее. Это подтверждает очевидный факт, что единый цифровой рынок является неотъемлемой частью внутреннего рынка ЕС. Все преимущества внутреннего рынка не будут ощутимы без интегрированной цифровой экосистемы в рамках ЕС. Кстати, еще в Директиве N 2000/31 об электронной торговле⁵ ставилась цель содействовать должному функционированию внутреннего рынка путем обеспечения свободного движения услуг информационного общества между государствами-членами.

Однако, по данным Комиссии, остаются значительные расхождения между законодательствами государств-членов. Это существенно отражается на прогрессе в сфере цифровизации экономики, от которого, в свою очередь, зависит степень использования преимуществ внутреннего рынка ЕС. Очевидно, что имеет место недолжное соблюдение права ЕС, касающегося внутреннего рынка. Помимо ограничений свободы услуг, исходящих от государств, существует и те, которые создаются бизнес-операторами. В качестве примера приводятся именно территориальные ограничения предлагаемых услуг и товаров (в зависимости от места нахождения потенциального покупателя — *Е.П.*). Речь идет, в частности, о гео-блокировке.

Комиссия начала изучение природы, возможных причин и влияния территориальных ограничений предложения услуг и планирует обнародовать его результаты в 2020 г. Государства-члены обязаны обеспечить, чтобы ни

³ Communication from the Commission on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy. A Connected Digital Single Market for All. Brussels, 10.05.2017. COM (2017) 228 final.

⁴ Working document «Single Market Performance Report 2019». Accompanying document Communication from the Commission «Annual Sustainable Growth Strategy 2020». Brussels, 17.12.2019. COM (2019) 650 final.

⁵ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') // OJL 178, 17.07.2000, pp. 1–16.

законодательные акты, ни производители товаров, ни поставщики услуг не создавали неоправданных и непропорциональных препятствий, мешающих должному функционированию внутреннего рынка ЕС, которое является общей ответственностью Союза и его членов. Это подтверждает значимость реформ на национальном уровне для оптимизации работы внутреннего рынка ЕС. Естественно, без мер, принимаемых государствами-членами, должное функционирование внутреннего рынка невозможно. Таким образом, только совместными усилиями ЕС и его членов возможно достижение целей, поставленных в учредительных договорах ЕС. При этом на национальном уровне должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но также и частных субъектов.

2. Стратегия Единого цифрового рынка

Безусловно, трансграничная электронная торговля обладает большим потенциалом, вносящим существенный вклад в интеграционные процессы в рамках внутреннего рынка ЕС. ЕС — один из наиболее крупных рынков электронной торговли. За последнее десятилетие роль электронной торговли в экономике ЕС возросла, что увеличило необходимость совершенствования ее правового регулирования.

С 2015 г. Комиссия реализует Стратегию Единого цифрового рынка Европы, направленную на устранение препятствий в рамках единого цифрового (электронного) рынка, лишаящих граждан ЕС пользоваться преимуществами выбора товаров и услуг, а предприятия в Интернет-сфере — возможности в полной мере участвовать в развитии сектора цифровых технологий. Стратегия предусматривает действия для создания Единого цифрового рынка в рамках трех опор, одна из которых связана с обеспечением доступа потребителей и бизнес-структур к товарам и услугам электронной торговли в рамках всего ЕС. Частью Стратегии явилось проведенное Комиссией исследование электронной торговли товарами потребления и цифровым контентом. Окончательный отчет с результатами был опубликован в 2017 г.⁶

Правовым основанием исследования было выполнение ст. 17 Регламента N 1/2003 о применении правил конкуренции, закрепленных в ст. 81 и 82 Договора⁷ («Исследования различных секторов экономики и типов соглашений»)⁸. Исследование сектора электронной торговли охватило наи-

⁶ Report from the Commission. Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final. Brussels, 10.05.2017. SWD (2017) 154 final.

⁷ Ныне ст. 101 и 102 ДФЕС.

⁸ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJL 1, 04.01.2003, p. 1.

более продаваемые товары⁹. Комиссия констатировала ряд проблем реализации права конкуренции ЕС, одной из которых является «гео-блокировка». Гео-блокировка была признана одним из препятствий создания Единого цифрового рынка ЕС. В этом контексте правильнее говорить именно о необоснованной гео-блокировке. Цели гео-блокировки могут быть различными, как правомерными, так и нет. Например, в качестве целей могут выступать: исполнение законодательства государства-члена; следование положениям соглашений об авторских правах; получение прибыли или покрытие дополнительных расходов от более высоких цен для покупателей из других государств. Также возможно ограничение доступа к определенному контенту, который считается неактуальным для интернет-пользователей из других государств-членов.

Необоснованная гео-блокировка означает дискриминационную практику, препятствующую потребителям получать доступ и приобретать товары или услуги через веб-сайты, базирующиеся в другом члене ЕС. Она может выражаться как в блокировании доступа потенциального покупателя к веб-сайту, отказе в регистрации, так и в трудностях с регистрацией или автоматическом перенаправлении на веб-сайты, ориентированные на другие государства-члены. Также возможна и ситуация, когда продавец элементарно отказывается оказывать услугу или доставлять товары через границу или принимать трансграничные платежи.

Почему понадобился запрет «гео-блокировки»? Процент лиц, пытающихся сделать покупки в Интернете и приобретающих товары и услуги (за исключением цифрового контента: электронные книги, приложения, видео, музыка, онлайн-игры и др.) в другом государстве-члене ЕС в 2019 г. составил 37%¹⁰, в 2018 — 36% в сравнении с 26% в 2013 г.¹¹ (иногда речь шла только о 15%¹²). По данным Евробарометра, часть опрошенных интернет-пользователей, которые предпринимали попытку приобрести товары и услуги через Интернет в другом государстве-члене ЕС, столкнулась с рядом проблем. Это и дополнительные сборы из-за места, где был произведен платеж (или из-за

⁹ Одежду и обувь; бытовую технику; компьютерные игры и программное обеспечение; игрушки и изделия для ухода за детьми; медиа (книги, компакт-диски, DVD-диски и диски Blu-ray); косметику и продукты здравоохранения; товары для дома и сада.

¹⁰ Special Eurobarometer 503. Report. Attitudes towards the impact of digitisation on daily lives. 2019. Publication March 2020. Available at: <https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/survey/getsurveydetail/instruments/special/surveyky/2228> (дата обращения: 12.03.2020)

¹¹ E-commerce statistics for individuals. Eurostat. Data extracted in December 2018. Available at: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals (дата обращения: 01.11.2019)

¹² Geo-blocking: unlocking e-commerce in the EU / European Council. Council of the European Union. Available at: <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/geo-blocking/> (дата обращения: 10.04.2018)

способа оплаты), и отсутствие доставки в их государство. Также среди проблем были названы: отсутствие доступа к веб-сайту или перенаправление на другую версию веб-сайта без согласия пользователей; невозможность зарегистрироваться с их адресом или данными; изменение условий продажи как только они зарегистрировались, или отклонение их платежа в зависимости от места оплаты или способа оплаты. В 2019 г. в 22 государствах-членах ЕС большинство Интернет-пользователей не пытались что-то купить при помощи Интернета. Среди причин назывались и следующие: беспокойство, связанное с защитой прав потребителей при споре с иностранным продавцом, а также с наличием послепродажных услуг в их государстве, неудачная попытка в прошлом завершить онлайн-покупку.

Если сравнивать число лиц, делающих покупки в Интернете вне зависимости от места учреждения и фактического нахождения магазина или поставщика услуг, и число делающих покупки в Интернете в других государствах-членах ЕС в 2019 г., то очевидно, что не все гладко с трансграничной электронной торговлей. Именно «гео-блокировка» выступает одной из причин такой практики. В одном из исследований, проведенных Комиссией, выявлено, что только 37% веб-сайтов в действительности позволяли потребителям из других государств ЕС при заполнении электронной формы для покупки товаров достичь последнего этапа, предшествующего вводу данных банковской карты¹³. Самый высокий процент блокировки был в секторе электрических бытовых приборов — 86%¹⁴.

Итак, запрет необоснованной гео-блокировки является составной частью реализации как Стратегии Единого цифрового рынка, так и, естественно, Стратегии Единого рынка. Иными словами, речь идет об устранении препятствий в сфере электронной торговли, которые заключаются в дискриминации потребителей на основании гражданства, места постоянного проживания или места учреждения.

Говоря о необоснованной гео-блокировке как о препятствии на пути функционирования внутреннего рынка, нельзя обойти стороной и вопросы соблюдения права конкуренции ЕС. Так, с одной стороны, меры по гео-блокировке, основанные на односторонних решениях предприятий, не занимающих доминирующего положения, не подпадают под сферу действия ст. 101 ДФЕС. Большая часть данных мер в сфере торговли потребительскими товарами вводится односторонними решениями розничных продавцов, которые не хотят продавать за пределами своего государства. Однако 11% розничных продавцов ссылаются на закрепленные в договоре ограничения в

¹³ Geo-blocking in the EU. European Commission. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/geo-blocking/> (дата обращения: 01.11.2019)

¹⁴ Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final.

отношении трансграничных продаж, по крайней мере, в одной из категории товаров¹⁵. Некоторые из подобных мер способны инициировать проблемы в области права конкуренции.

С другой стороны, блокирующие меры, основанные на соглашениях или согласованной практике между отдельными предприятиями, могут подпадать под действие ст. 101 ДФЕС. Например, это было в решении Суда ЕС по объединенному делу C-403/08 и C-429/08 «Football Association Premier League Ltd»¹⁶. В отчете Комиссии о функционировании Единого рынка за 2019 г. также подчеркивается, что ею был принят ряд решений в области права конкуренции, осуждающих практику гео-блокирования со стороны компаний. Гео-блокировка иногда также сочетается с практикой поддержания цены перепродажи¹⁷, которая, в частности, ориентирована на интернет-магазины, продающие товары в Интернете по более низким ценам, чем те, которые планируют производители для конкретного государства-члена. Комиссия оштрафовала ряд компаний за такие антиконкурентные соглашения. В этих случаях практика поддержания цены перепродажи приводила к повышению цен для потребителей широкого спектра потребительских электронных товаров.

3. Регламент 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации потребителей

В мае 2016 г. Комиссия обнародовала проект Регламента, касающегося запрета гео-блокировки¹⁸. Разработчики проекта преследовали цель, которая заключалась в обеспечении более гарантированного доступа покупателей к товарам и услугам путем запрещения как прямой, так и скрытой дискриминации, посредством которой продавцы искусственно сегментируют рынок в зависимости от места жительства потребителя.

Предложение о принятии Регламента было основано на норме ст. 114 ДФЕС, которая наделяет ЕС полномочиями принимать меры к сближению законодательных и административных положений государств-членов, если

¹⁵ Final report on the E-commerce Sector Inquiry. COM (2017) 229 final.

¹⁶ Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League Ltd, 4 October 2011 // OJ C 347, 26.11.2011, p. 2–3.

¹⁷ Англ. — resale price maintenance (RPM).

¹⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Brussels, 25.5.2016. COM (2016) 289 final 2016/0152 (COD).

эти меры направлены на устранение существенных препятствий реализации основных свобод или значительных нарушений конкуренции. Данное толкование нормы п. 1 ст. 114 ДФЕС дано на основании анализа как самой нормы, так и практики Суда ЕС¹⁹. Эта норма выступает основой принятия актов сближения законодательств государств-членов, касающихся функционирования внутреннего рынка. Термин «меры» говорит о возможности принятия и других актов помимо директив, например, регламентов и решений (в отличие от ст. 115 ДФЕС, на основании которой могут быть приняты только директивы).

Итак, в целях борьбы с необоснованной гео-блокировкой было предложено принять именно такой вид законодательного акта ЕС, как регламент. Это также подтверждает значимость и необходимость правового регулирования в этой сфере, поскольку, в отличие от директивы, регламент имеет прямое действие (ст. 288 ДФЕС). Из прямого действия регламента вытекает, во-первых, что он применяется непосредственно органами государств-членов и не требуется принимать какой-либо правовой акт на национальном уровне для его включения в законодательство, а, во-вторых, что физические и юридические лица вправе ссылаться на его нормы для защиты своих прав. Однако если все же какой-либо акт на национальном уровне будет принят, то он не будет признан недействительным, если, конечно, он не препятствует прямому действию регламента [Craig P., de Búrca G., 1998: 177–178].

Регламент N 2018/302 о противодействии необоснованной гео-блокировке и иным формам дискриминации покупателей в зависимости от гражданства, места постоянного проживания и учреждения (далее — Регламент)²⁰ был принят 28.02.2018. Регламент вступил в силу на 20-й день после опубликования²¹ и начал применяться через 9 месяцев после опубликования, т.е. с 03.12. 2018.

Цель Регламента — содействовать надлежащему функционированию внутреннего рынка. Данное содействие в том числе предполагает дальнейшее прояснение некоторых ситуаций, когда различное правовое регулирование не может быть оправдано в соответствии с п. 2 ст. 20 Директивы N 2006/123 об услугах на внутреннем рынке²². Однако в норме не указаны обстоятельства,

¹⁹ Case C-376/98 Tobacco Advertising I [2000] ECR I-08419.; Case C-380/03 Tobacco Advertising II [2006] ECR I-11573; Case C-210/03 Swedish Match [2004] ECR I-11893; Case C-66/04 Smoke flavourings [2005] I-10553.; Case C-217/04 ENISA [2006] ECR I-03771.

²⁰ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC // OJL 60I, 02.03.2018, pp. 1–15.

²¹ Дата опубликования — 02.03.2018.

²² Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market // OJL 376, 27.12.2006, p. 36–68.

при которых возможно различное правовое регулирование. По данному пункту государства-члены должны обеспечить, чтобы общие условия доступа к услуге, предложенные общественности поставщиком услуг, не содержали дискриминационных условий из-за гражданства или места жительства получателя, без ущерба возможности обеспечения различий в условиях доступа, когда эти условия прямо обоснованы объективными критериями. Ими могут быть дополнительные расходы, связанные с расстоянием или техническими характеристиками услуги, или различные рыночные условия — сезонные колебания спроса, различные периоды отпусков в государствах-членах и цены, взимаемые разными конкурентами, или дополнительные риски, связанные с требованиями законодательства, отличными от требований законодательства государства-члена учреждения. Но этих примеров в Директиве нет.

Странно, что Регламент отсылает к такому неопределенному положению Директивы, а не воспроизводит его или уточняет. Это больше способствовало бы правовой определенности и в конечном итоге эффективности применения Регламента. Видимо, составители Регламента хотели подчеркнуть несовершенство этой нормы Директивы и восполнить пробел регулирования, поскольку еще в предложении о принятии Регламента отмечалась неопределенность «объективных критериев» п. 2. ст. 20 Директивы N 2206/123, из-за которой покупатели по-прежнему сталкивались с отказами в продаже и другими условиями при покупке товаров или услуг через границу. В предложении также подчеркивалось: продавцы и покупатели должны иметь больше ясности в ситуациях, когда различия в обращении по месту жительства не оправданы. Конечно, в последующих нормах Регламента описываются ситуации, в которых различные условия, основанные на гражданстве, месте проживания или месте учреждения, не могут быть оправданы в соответствии с п. 2 ст. 20 Директивы N 2006/123. Поскольку Регламент противоречит положениям Директивы, он должен иметь преимущественную силу согласно принципам *lex posterior derogat priori* и *lex specialis derogat generali*.

Кроме того, неоправданная гео-блокировка и другие формы дискриминации по признаку гражданства, места жительства или места учреждения также могут возникать в результате выходящих за рамки этой Директивы действий продавцов, зарегистрированных в третьих странах. И если сравнивать п. ст. 1 Регламента и п. 2 ст. 20 Директивы, то первый все равно сформулирован более четко, поскольку раскрывает понятие дискриминационных мер как меры и прямой, и скрытой дискриминации. Это немаловажно, учитывая порой противоречивую практику Суда ЕС в отношении содержания дискриминационных мер.

Сфера действия Регламента, как и иные положения права ЕС, касающиеся свобод внутреннего рынка, не распространяется на «чисто внутренние ситуации», т.е. обязательно наличие трансграничных отношений.

Регламент не будет применяться: 1) в ущерб правовому регулированию налогообложения и сотрудничеству судов по гражданским делам; 2) в сфере авторских и смежных прав, в частности, к услугам по предоставлению доступа и по использованию объектов, защищаемых авторским правом или по продаже таковых в нематериальной форме. Речь идет, к примеру, о каналах музыкальных услуг²³, об электронных книгах, онлайн-играх и программном обеспечении²⁴.

Кроме того, из сферы действия Регламента, как и Директивы N 2006/123, исключен целый ряд услуг (например, услуги общественного значения неэкономического характера, финансовые, транспортные, аудиовизуальные услуги, социальные услуги, оказываемые государством или под его контролем, услуги, связанные с осуществлением государственной власти).

Но прежде чем переходить к непосредственно содержанию прав и обязанностей, предусмотренных Регламентом, необходимо дать определение ключевым терминам. Отметим, что в Регламенте определения гео-блокировки нет. Под «потребителем»²⁵ понимается любое физическое лицо, чьи соответствующие действия никак не связаны с его торговой, предпринимательской, ремесленной или профессиональной деятельностью (п. 12 ст. 2 Регламента).

В то же время Регламент (п. 13 ст. 2) содержит понятие «заказчик» или «покупатель» (потенциальный. — *Е. П.*) или «клиент» (далее «покупатель»)²⁶. Это понятие означает потребителя, который может являться как гражданином одного из государств-членов ЕС, или постоянным жителем одного из государств-членов, так и предприятием, учрежденным на территории одного из государств-членов. При этом такой потребитель получает услугу или приобретает товар, или пытается это сделать в рамках ЕС с единственной целью ее/его конечного потребления.

«Продавец» или «торговец», или «субъект экономической деятельности»²⁷ (далее — «продавец») определен как любое физическое или юридическое лицо (частное или государственное), которое ведет торговую, промышленную, ремесленную деятельность или деятельность в сфере либеральных профессий, как самостоятельно, так и при посредничестве другого лица (п. 18 ст. 2 Регламента).

Термин «онлайн-интерфейс» раскрывается как любое программное обеспечение, включая веб-сайт в целом или определенный его раздел, а также приложения, в частности, мобильные (п. 16 ст. 2 Регламента). Такое про-

²³ Англ. яз. — music streaming services.

²⁴ Однако эти виды услуг будут предметом дальнейшего исследования Комиссии.

²⁵ Англ. — «consumer», фр. — «consommateur»

²⁶ Англ. — «customer», фр. — «client»

²⁷ Англ. — «trader», фр. — «professionnel».

граммное обеспечение должно использоваться или самим продавцом, или от его имени и служить для обеспечения доступа потребителей к его товарам и услугам для совершения сделок с последними.

3.1. Запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения

Сутью Регламента, его краеугольным камнем является запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам (например, веб-сайтам) электронной торговли; доступа к товарам и услугам; условий оплаты; соглашений о пассивных продажах.

Речь идет о запрете дискриминационной практики, как правило, при формулировании общих условий и иных требований, устанавливаемых и применяемых продавцом или от его имени, в качестве предварительного условия получения доступа к рассматриваемым товарам или услугам. Среди общих условий доступа — цена, условия оплаты и доставки. Подобные условия доводятся до сведения потенциальных покупателей с помощью различных средств, таких как веб-сайты, рекламные объявления, преддоговорная или договорная документация. Продавец и покупатель могут согласовать иные условия, которые, естественно, общими уже не являются и исключаются из сферы применения Регламента.

3.1.1. Доступ к онлайн-интерфейсам

Регламент включает положения, касающиеся доступа к онлайн-интерфейсам (точнее, гарантий доступа). В ст. 3 закреплен запрет продавцу по причинам, связанным с гражданством, постоянным местом жительства или местом учреждения покупателя:

при помощи технических или иных средств блокировать или ограничивать доступ последнего к онлайн-интерфейсам (например, сайтам, мобильным приложениям). Цель такого запрета: обеспечить посредством полного и равного доступа покупателей к онлайн-интерфейсам расширение возможностей потенциальных покупателей получать доступ к информации, касающейся продажи товаров и услуг на внутреннем рынке, а также повышение прозрачности (например, в отношении цен). Среди технических мер предотвращения или ограничения доступа к онлайн-интерфейсам — различные технологии, применяемые для определения физического местоположения покупателя, включая отслеживание с помощью IP-адреса или координат, полученных с помощью глобальной навигационной спутниковой системы. Покупателям из других государств-членов должна быть обеспечена возмож-

ность без затруднений, которых нет у покупателей из государства продавца, воспользоваться онлайн-интерфейсом последнего. Это должно учитываться продавцом, в частности, при разработке онлайн-интерфейса. Необходимо подчеркнуть, что данный запрет нельзя толковать как обязанность продавца заключать сделки с покупателями;

перенаправлять его на другую версию онлайн-интерфейса (например, сайт), нежели на которую он первоначально хотел попасть. Технически такая автоматическая переадресация возможна на основании местоположения покупателя, выбранного им языка или иной характеристики, которая позволяет его выделить как лица иного гражданства, места постоянного проживания или места учреждения.

Исключением из этого запрета является ситуация, когда покупатель явно выразил согласие на переадресацию. Если однажды покупатель дал явно выраженное согласие, в том числе путем выражения предпочтения, относящегося к личной учетной записи, то оно действительно для всех его последующих посещений. Продавец соответственно не обязан требовать согласия каждый раз, когда покупатель посещает один и тот же онлайн-интерфейс. Регламент предусматривает обязанность продавца даже в случае явно выраженного согласия покупателя на его перенаправление, например, на другой сайт, обеспечить доступ и на сайт, на который первоначально и хотел зайти последний.

Например, ирландский покупатель хочет зайти на итальянский сайт электронного магазина. Нарушением положений Регламента будет ситуация, когда при желании зайти на итальянский сайт покупатель будет переадресован на ирландский сайт²⁸. Так, часто продавцы располагают несколькими версиями онлайн-интерфейсов, предназначенных для покупателей из разных государств-членов. В Регламенте такая практика не запрещается в принципе, но при этом все версии онлайн-интерфейса должны всегда быть доступны любому покупателю (вне зависимости от его гражданства, места проживания или учреждения). Однако покупатель вправе в любой момент отозвать данное им когда-либо согласие. В таком случае автоматической переадресации быть не должно.

Однако запрет на блокировку, ограничение доступа к интерфейсам, а также на переадресацию не применяется, если подобные действия необходимы для соблюдения требований, предъявляемых к сфере деятельности продавца, закрепленных в праве ЕС или законодательстве государства-члена. В таких ситуациях возможны блокировка или ограничение доступа, или без явного

²⁸ 10 Key Features of the Geo-blocking Regulation / European Commission. Available at : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/10-key-features-geo-blocking-regulation> (дата обращения: 11.04.2018)

согласия покупателя перенаправление на альтернативную версию онлайн-интерфейса по причинам, связанным с гражданством, местом проживания или местом учреждения последнего. В частности, согласно требованиям законодательства какого-то государства-члена (которое продавец обязан соблюдать), может ограничиваться доступ покупателей к товарам или услугам, например, путем запрета показа определенного контента в определенных государствах-членах.

Закрепленный в Регламенте запрет на блокировку, ограничение доступа и автоматическую переадресацию не следует толковать в ущерб свободе выражения мнения, а также свободе и плюрализму средств массовой информации, включая свободу прессы. Данные свободы гарантируются в таком акте первичного права ЕС, как Хартия Европейского союза об основных правах²⁹ (ст. 11) [Кашкин С.Ю., 2001]. Встает интересный и многоаспектный вопрос: соотношение реализации свобод внутреннего рынка и принципа уважения прав человека [Энтин Л.М., 2012]. С одной стороны, соблюдение прав человека способствует функционированию внутреннего рынка, с другой — защита прав человека может выступать в качестве основания правомерного ограничения экономических свобод внутреннего рынка. Так, в решении Суда ЕС по делу *C-112/00 Schmidberger*³⁰ подчеркнуто, что «основные права ... должны уважаться, как Сообществом, так и государствами-членами. Защита этих прав представляет собой правомерный интерес, который в принципе служит оправданием ограничению обязательств по праву ЕС, даже тех из них, которые касаются основных свобод Сообщества, гарантированных Римским договором, в частности, обязательств по обеспечению свободы движения товаров» (п. 74 Решения). Как подчеркивает А.С. Исполинов, Суд ЕС впервые в этом решении сделал вывод о своем понимании соотношения прав человека и свобод внутреннего рынка [Исполинов А.С., 2012: 42].

Одни основания правомерного ограничения свобод внутреннего рынка закреплены в ДФЕС³¹, а другие были разработаны в практике Суда ЕС. Последние называются императивными требованиями общего интереса. Ю.М. Юмашев считает, что «основные права и свободы граждан» можно отнести к «императивным требованиям» [Юмашев Ю.М., 2015: 116]. Такого же мнения придерживаются и зарубежные ученые [Dony M., 2008: 351]. Среди таких требований, в частности, есть и защита свободы мнения. Однако из практики Суда также вытекает, что права человека, например, свободы выражения мнения и собраний и объединений, могут быть ограничены в общественных интересах при условии закрепления таких исключений в законодательстве,

²⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union // OJ C 202, 7.6.2016, pp. 389–405.

³⁰ C-112/00 Schmidberger [2003] ECR I-05659.

³¹ См., например, статьи, в которых закреплены исключения из свобод движения товаров, работников, учреждения и оказания услуг (ст. 36, 45, 51).

соблюдения принципа пропорциональности и если они не искажают самую суть гарантированных основных прав граждан³². То есть некоторые права человека наравне со свободами внутреннего рынка не являются абсолютными.

Таким образом, если продавец вынужден во исполнение права ЕС или законодательства государства-члена блокировать, ограничивать доступ или переадресовывать на другой интерфейс, то он обязан дать потенциальному покупателю четкое объяснение, состоящее в освещении причин необходимости блокировки или ограничения доступа, а также переадресации для соблюдения правовых норм. Подобное объяснение должно быть сделано на языке онлайн-интерфейса, к которому покупатель первоначально стремился получить доступ.

3.1.2. Доступ к товарам и услугам

Регламент также закрепляет гарантии на доступ к товарам и услугам. В соответствии со ст. 4 Регламента продавец не вправе применять для доступа к товарам и услугам общие условия, которые различаются в зависимости от гражданства, места постоянного жительства и места учреждения покупателя в следующих трех случаях.

Во-первых, когда покупатель приобретает товары у продавца и заказывает доставку по адресу, расположенному в государстве-члене, в которое продавец осуществляет доставку, или договаривается с продавцом о месте хранения товара в государстве-члене, в котором продавец оказывает такую услугу (опцию) согласно общим условиям продажи. Применительно к этому случаю поясним, что покупатель должен иметь возможность приобретать товары на тех же условиях, включая цену и условия, связанные с доставкой товара, что и аналогичные покупатели, которые постоянно проживают или учреждены в государстве-члене, в которое доставляются или хранятся товары. Это может означать, что покупатели из других государств-членов смогут забрать товары в этом или в другом государстве-члене, в которое торговец доставляет или организует своими собственными средствами трансграничную доставку товаров. Например, французский покупатель намерен приобрести холодильник на бельгийском сайте. Если по общим условиям продажи товар не доставляется во Францию, покупатель имеет право и должен самостоятельно вывезти приобретенный товар из магазина или склада продавца.

Во-вторых, если покупатель получает электронные услуги. К числу таких услуг, в частности, относятся: использование облака, хранилищ данных, по-

³² См. Case C-368/95 Familiapress [1997] ECR I-3689, n. 26; Case C-60/00 Carpenter [2002] ECR I-6279, n. 42; Case C-62/90 Commission/Allemagne [1992] ECR I-2575, n. 23; Case 112/00 Schmidberger, n. 80.

исковых систем и интернет-каталогов, а также хостинг веб-сайтов и предоставление брендмауэров. Имеется в виду такой способ предоставления услуг, когда ни поставщик, ни получатель не пересекают границ государств-членов³³. Например, если польский покупатель захочет получить услуги хостинга, предоставляемые испанской компанией, то он должен будет получить доступ к этой услуге без дополнительной платы по сравнению с испанскими потребителями. При этом речь не идет об услугах, суть которых сводится к предоставлению доступа к произведениям, защищаемых авторским правом, или иным защищаемым объектам и к их использованию, включая продажу таких произведений или объектов в нематериальной форме.

В-третьих, если покупатель получает услуги (которые не оказывают в электронной форме) на территории одного из государств-членов, в котором продавец осуществляет деятельность. Продавцу не нужно регистрироваться для НДС в другом государстве-члене или организовывать трансграничную доставку товаров. Речь идет о таком способе оказания услуг, при котором поставщик не пересекает границы государств-членов в отличие от получателя услуг. Следует подчеркнуть, что непосредственно в ДФЕС такой способ не предусмотрен. Пробел восполнен практикой Суда ЕС³⁴. В числе подобных услуг может быть аренда автомобилей или размещение в гостиницах. Примером может являться ситуация, когда семья из Италии посещает музей в Германии и вправе получить семейную скидку при покупке билетов так же, как и семья из Германии. В связи с этим примером можно вспомнить о решении Суда ЕС *C-45/93 Commission v. Spain*, в котором было констатирована прямая дискриминация. Согласно законодательству Испании, ее граждане, а также граждане других государств-членов ЕС и иностранные граждане в возрасте до 21 года, постоянно проживающие в Испании, имели право на бесплатное посещение музеев. Следовательно, иные лица не имели такого права. Суд пришел к выводу, что испанский закон нарушает как ст. 12 Договора об учреждении Европейского Сообщества (ныне ст. 18 ДФЕС), так и ст. 49 (ныне ст. 56 ДФЕС).

В трех указанных случаях не может подлежать объективному оправданию различное отношение к покупателям в зависимости от их гражданства, места жительства или учреждения за счет применения общих условий доступа, включая отказы в продаже товаров или услуг. Следовательно, такие дискриминационные меры запрещаются и покупатели должны иметь право в соответствии с условиями, изложенными в Регламенте, совершать сделки на тех же условиях, что и местные покупатели, и иметь полный и равный доступ к любым товарам или услугам.

³³ Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141.

³⁴ См., например: *Joined cases 286/82 and 26/83 Luisi & Carbone* [1984] ECR 377.

Однако запрет дискриминации покупателей никак не влияет на право продавцов предлагать товары или услуги в различных государствах-членах или определенным группам покупателей посредством целевых предложений и различных общих условий доступа, в том числе посредством настройки онлайн-интерфейсов на определенное государство³⁵. Естественно, продавцы должны соблюдать принцип недискриминации. При этом не будет считаться дискриминацией исключение применения общих условий доступа в зависимости, например, от членства в определенной ассоциации или от взносов, сделанных продавцу.

В Регламенте также оговаривается, что соблюдение запрета, изложенного в ст. 4, не означает, что продавец обязан соблюдать национальные правовые требования в отношении внедоговорных обязательств, касающиеся соответствующих товаров и услуг государства-члена покупателя, или информировать последнего о таких требованиях. В силу положений права ЕС, применимых к договорным обязательствам и юрисдикции, изложенных в регламентах N 593/2008³⁶ (Рим I) и N 1215/2012 (Брюссель I bis)³⁷, когда продавец не осуществляет деятельность в государствах-членах потребителя или не руководит там деятельностью, соблюдение Регламента N 2018/302 не влечет за собой никаких дополнительных расходов для продавца, связанных с юрисдикцией или различиями в действующем законодательстве [Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н., 2013]; [Виноградов А.А., 2011].

Так же, как и в отношении доступа к онлайн-интерфейсам, запрет дискриминации покупателей при доступе к товарам и услугам не распространяется на случаи, когда специальные положения права ЕС или законодательства государств-членов в соответствии с правом ЕС запрещают продавцам продавать товары и предоставлять услуги некоторым покупателям или покупателям, находящимся на определенных территориях (например, запрет продавать алкоголь лицам, постоянно не проживающим в данном государстве). Если законодательство государств-членов в соответствии с правом ЕС предписывает продавцам устанавливать цены на книги специально для покупателей, находящихся на определенных территориях, то это тоже не считается нарушением положений Регламента. Данное положение закреплено в Регламенте.

Важно, что положения Регламента о запрете дискриминации при обеспечении доступа к товарам и услугам не распространяются на отношения

³⁵ Англ. — setting-up of country-specific online interfaces.

³⁶ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) // OJL 177, 04.07.2008, pp. 6–16.

³⁷ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters // OJL 351, 20.12.2012, pp. 1–32.

продавца и покупателя уже после совершения купли-продажи товара или предоставления услуги.

Нельзя не упомянуть Директиву N 2019/882 о доступности товаров и услуг³⁸. Государства должны будут следовать ей с 28.06.2025. В Директиве перечисляются товары и услуги, доступность которых охватывается ее сферой действия — например, это услуги, обеспечивающие доступ к аудиовизуальным медиа услугам; услуги электронной торговли; веб-сайты и электронные билеты в сфере транспортных услуг. Директива включает Приложения, в которых данные требования раскрываются и приводятся их примеры. Отметим, что сфера действия данной Директивы узка.

3.1.3. Условия оплаты товаров и услуг

Что касается положений Регламента, которые закрепляют принцип недискриминации по отношению к условиям оплаты товаров и услуг, то они имеют широкую сферу действия. Ими запрещена дискриминация не только в зависимости от гражданства, места постоянного проживания или места учреждения покупателя, но также в зависимости от места нахождения платежного счета, места учреждения поставщика платежных услуг или места выпуска платежного инструмента в рамках ЕС. Запрет распространяется: 1) если оплата производится в электронной форме посредством кредитного перевода, прямого дебета или использования средства платежа, основанного на банковской карте в рамках одного и того же платежного бренда и категории оплаты; 2) когда соблюдены требования идентификации в соответствии с Директивой N 2015/2366 о платежных услугах на внутреннем рынке³⁹; 3) когда оплата производится в валюте, которая принимается продавцом. В Регламенте закрепляются и гарантии прав продавцов⁴⁰. Например, по обоснованным объективным причинам продавец может задержать поставку товаров или предоставление услуг, пока не получит подтверждения о должной их оплате.

Право ЕС позволяет продавцам свободно выбирать, какое средство платежа они примут. Следуя положениям Регламента N 2015/751 об обменных комиссиях для карточных платежных операций⁴¹ и Директивы N 2015/2366,

³⁸ Directive (EU) 2019/882 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the accessibility requirements for products and services // OJL 151, 07.06.2019, p. 70–115.

³⁹ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC // OJL 337, 23.12.2015, pp. 35–127.

⁴⁰ См. также п. 3 ст. 5 Регламента.

⁴¹ Regulation (EU) 2015/751 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on interchange fees for card-based payment transactions // OJL 123, 19.05.2015, p. 1.

продавцы, принимая оплату картой определенного бренда и категории, не обязаны принимать карты этой же категории от других брендов платежных инструментов или другие категории карт того же бренда. Например, продавцы, принимающие дебетовые карты определенного бренда, не обязаны принимать кредитные карты того же бренда. Но после выбора продавцом бренда и категории платежного инструмента ему запрещено дискриминировать покупателей по причинам, связанным с гражданством, местом проживания или местом учреждения, например, отказом от определенных сделок или применением иных условий оплаты в отношении этих сделок.

3.1.4. Соглашения в отношении пассивных продаж

Регламент включает ряд норм, касающихся соглашений о пассивной продаже, в которых проводится разграничение с точки зрения правового режима между активными и пассивными продажами. Ограничения пассивных продаж обычно рассматриваются как нарушения права конкуренции в отличие от ограничений активных продаж, которые являющихся обычной практикой и проистекающих из свободы торговли.

По общему правилу при противоречии положений Регламента и права конкуренции ЕС большую силу будут иметь первые. Согласно ст. 6 Регламента N 2018/302 «без ущерба положениям Регламента N 330/2010 о применении статьи 101 (3) ДФЕС к категориям вертикальных соглашений и согласованной практики»⁴² и статье 101 ДФЕС, Регламент не будет применяться к соглашениям, ограничивающим активные или пассивные продажи по смыслу Регламента N 330/2010 или соглашениям, которые касаются сделок вне сферы действия запретов, предусмотренных ст. 3–5 данного Регламента». Приведенная формулировка громоздка, запутана и сложна для восприятия. Встает сразу несколько вопросов. Во-первых, каково содержание ст. 101 ДФЕС и Регламента N 330/2010? Во-вторых, по общему правилу все ли соглашения, ограничивающие активные продажи, исключаются из сферы действия Регламента? В-третьих, Регламент не будет применяться к соглашениям, ограничивающим активные и пассивные продажи или только пассивные продажи при наличии указанного исключения? В-четвертых, в каких случаях Регламент все же будет применяться? Таким образом, необходимо внести четкость в содержание данной статьи.

В соответствии с п. 1 ст. 101 ДФЕС запрещаются как не совместимые с внутренним рынком любые соглашения между предприятиями⁴³, любые

⁴² Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // OJL 102, 23.04.2010, pp. 1–7.

⁴³ В своей практике Суд ЕС раскрыл понятие «предприятие» в смысле правил конкуренции. См., например: Case 170/83 Hydrotherm [1984] ECR 2999; Case C-41/90 Höfner, [1991] ECR 1979.

решения объединений предприятий и любые виды согласованной практики, которые способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение. Подобные соглашения или решения являются автоматически недействительными (п. 2 ст. 101 ДФЕС). Данная норма о недействительности имеет обратную силу, что подтверждено Судом ЕС⁴⁴. В п. 3 ст. 101 ДФЕС закреплены исключения из п. 1 этой же статьи. Так, могут быть признаны правомерными соглашения или категории соглашений между предприятиями, решения или категории решений объединений предприятий или согласованная практика или категории такой практики, отвечающие одновременно двум условиям: «положительному» и «отрицательному».

«Положительное» условие заключается в содействии улучшению производства или распределения продукции либо развитию технического или экономического прогресса при сохранении для потребителей справедливой доли вытекающей из них прибыли. «Отрицательное» условие обязывает, с одной стороны, не налагать на заинтересованные предприятия ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения вышеописанных целей, а с другой — не оставлять предприятиям возможности исключать конкуренцию в отношении существенной доли соответствующей продукции. Соответствие всем четырем условиям является одновременно необходимым и достаточным, как отмечается в практике Суда ЕС, например, в решении по делу N 42/84 *Remia*⁴⁵.

Анализируя запрет ограничений, необходимость в которых отсутствует, целесообразно сослаться на высказывание Ю.М. Юмашева: «Суд ЕС обычно рассматривает защитные территориальные оговорки, препятствующие параллельному импорту и тем самым создающие искусственную множественность «закрытых национальных рынков» [Юмашев Ю.М., 2015: 307]. До вступления в силу Регламента N 1/2003 о применении правил конкуренции, закрепленных в ст. 81 и 82 ДФЕС⁴⁶, только Комиссия была вправе предоставить индивидуальные исключения в порядке процедуры уведомления. Согласно Регламенту N 1/2003, соглашения, решения и ограничительная практика, о которых идет речь в п. 1 ст. 81 Договора⁴⁷ (ныне ст. 101 ДФЕС) и которые не соответствуют условиям п. 3 ст. 81 (ныне ст. 101 ДФЕС) запрещаются без предварительного решения по данному вопросу. Те соглашения,

⁴⁴ См.: Case 48/72 SA Brasserie de Haecht v Wilkin-Janssen, [1973] ECR 0077.

⁴⁵ Case 42/84 Remia [1985] ECR 2545.

⁴⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16.11. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty // OJL 1, 04.01.2003, pp. 1–25.

⁴⁷ Договора об учреждении Европейского сообщества.

решения и ограничительная практика, которые соответствуют условиям, закрепленным в п. 3 данной статьи, разрешаются опять-таки без предварительного решения по данному вопросу. Как подчеркивает Ш. Бутаеб, Регламент N 1/2003 положил конец монополии Комиссии, что привело к децентрализации [Boutayeb С., 2017: 306]. С тех пор антимонопольные власти государств-членов наделены правом оценивания с точки зрения условий ст. 101 ДФЕС. Анализ данной статьи ДФЕС подтверждает такую характерную особенность права конкуренции ЕС, как сохранение и стимулирование разумного равновесия между конкуренцией и ограничением деятельности отдельных предприятий.

Регламент N 330/2010 о применении ст. 101 (3) ДФЕС к категориям вертикальных соглашений и согласованной практики закрепляет положение о том, что п. 1 ст. 101 ДФЕС не применяется к вертикальным соглашениям в той мере, в какой они содержат вертикальные ограничения. Пункт 1 ст. 101 ДФЕС не применим к вертикальным соглашениям, отвечающим условиям, закрепленным в п. 3 ст. 101 ДФЕС. В Регламенте N 330/2010 описываются рамки применения данного положения. Категория соглашений, которые могут рассматриваться как обычно удовлетворяющие условиям, изложенным в п. 3 ст. 101 ДФЕС, включает вертикальные соглашения о покупке или продаже товаров или услуг, когда такие соглашения заключаются между неконкурентными предприятиями, между некоторыми конкурентами или определенными объединениями розничных продавцов товаров⁴⁸. Это также вертикальные соглашения, содержащие второстепенные положения о передаче или использовании прав интеллектуальной собственности⁴⁹. Термин «вертикальные соглашения» должен включать соответствующие виды согласованной практики. При индивидуальной оценке соглашений в соответствии со ст. 101 (1) Договора необходимо учитывать несколько факторов, в частности, структуру рынка со стороны предложения и покупки⁵⁰.

В Регламенте N 330/2010 перечисляются цели, преследуемые вертикальными соглашениями прямо или косвенно, изолированно или в сочетании с другими факторами, на которые могут повлиять стороны. Если вертикальные соглашения имеют такие цели, то они не подпадают под данное исключение из п. 1 ст. 101 ДФЕС и, следовательно, на них распространяется запрет, закрепленный в п. 1 ст. 101 ДФЕС⁵¹. Назовем две из таких целей.

Во-первых, это ограничение территории или ограничение клиентуры, в рамках которой покупатель, являющийся стороной в соглашении, может

⁴⁸ См. п. 4 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁴⁹ См. п. 3 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁵⁰ См. п. 2 ст. 2 Регламента N 330/2010.

⁵¹ См. ст. 4 Регламента N 330/2010.

продавать товары или предоставлять услуги без ущерба для ограничения в отношении места его учреждения. Однако здесь есть исключение: ограничение своих активных продаж территорией или клиентурой, которую поставщик зарезервировал исключительно для себя или которую он выделил другому покупателю, когда это ограничение не ограничивает продажи, совершаемые клиентами покупателя. Проанализировав это исключение и исключения из другого исключения, можно резюмировать, что запрет, предусмотренный п. 1 ст. 101 ДФЕС, не распространяется в отношении вертикальных соглашений, цель которых описана в предыдущем предложении. Они совместимы с внутренним рынком, и разрешается заключать вертикальные соглашения при соблюдении следующих условий: 1) если они имеют целью ограничение своих активных продаж территорией или клиентурой, которую поставщик зарезервировал исключительно для себя или которую он выделил другому покупателю, когда это ограничение не ограничивает продажи, совершаемые клиентами покупателя; 2) если они способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют также целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение.

Во-вторых, это ограничение активных или пассивных продаж конечным пользователям участниками системы избирательного распределения, действующим на уровне розничной торговли. В рамках системы избирательного распределения ни активные, ни пассивные продажи конечным пользователям не могут быть ограничены. При этом сохраняется возможность запретить участнику системы работать вне несанкционированного места учреждения. Из этого следует вывод, что п. 1 ст. 101 ДФЕС применяется к вертикальным соглашениям, целью которых выступает ограничение активных и пассивных продаж розничными продавцами конечным покупателям. Они несовместимы с внутренним рынком и запрещаются, если способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка, ее ограничение или искажение. В рамках исследования запрета необоснованной гео-блокировки особенно интересно именно это условие, поскольку ограничение активных продаж по смыслу Регламента N 330/2010 исключается из сферы действия Регламента N 2018/302, а ограничение пассивных продаж, наоборот, в него включается.

Итак, права продавцов по ограничению активных продаж исключаются из сферы действия Регламента N 2018/302, т.е. им не запрещаются. Что касается пассивных продаж, то по общему правилу действие Регламента на них распространяется, если они подпадают под запреты ст. 3–5 Регламента N 2018/302, которые касаются запрета дискриминации покупателей в отношении доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли, доступа к

товарам и услугам и условий оплаты. Но есть и исключение: на ограничительные действия продавцов в отношении пассивных продаж не будет распространяться запрет на необоснованную гео-блокировку и иные формы дискриминации, только когда речь идет об исключениях из сферы применения ст. 3–5 Регламента.

Так, Регламент не будет применяться к ограничению пассивных продаж, которые заключаются в блокировке доступа или ограничении доступа, или перенаправление на другой онлайн-интерфейс, если подобные меры необходимы для соблюдения распространяемого на деятельность продавца требования, закрепленного в праве ЕС или законодательстве членов во исполнение права ЕС; следовательно, такие пассивные продажи разрешены. Соглашения, по которым продавцы обязаны не участвовать в пассивных продажах с некоторыми покупателями или даже их группами на определенных территориях, как правило, считаются ограничивающими конкуренцию и, как правило, не могут быть освобождены от запрета, закрепленного в п. 1 ст. 101 ДФЕС. Однако, когда применяется исключение из ст. 101 ДФЕС или когда договорные ограничения не охватываются этой статьей, есть риск, что они могут быть использованы для обхода положений Регламента.

Если положения соглашений обязывают продавцов в сфере пассивных продаж нарушать запреты ст. 3–5 Регламента, то они автоматически становятся недействительными. Например, положение соглашения будет автоматически аннулировано, если оно закрепляет ограничения, которые не позволяют продавцу удовлетворять запросы отдельных⁵² покупателей о продаже товаров в связи с их гражданством, местом проживания или местом учреждения. При этом покупатель не просит доставить товар за пределы выделенной соглашением территории продавца.

Таким образом, Регламент закрепляет запрет необоснованной гео-блокировки и иных форм дискриминации покупателей в зависимости от гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении соглашений о пассивных продажах, на которые распространяется сфера действия запретов ограничений доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли и доступа к товарам и услугам, а также условий оплаты.

3.2. Механизм контроля за соблюдением Регламента

Государство-член должно назначить орган или органы, которые будут нести ответственность за выполнение положений Регламента. Кроме того, они должны разработать правила, предусматривающие применяемые при нарушении Регламента меры и обеспечить их применение. Государства-чле-

⁵² Англ. — unsolicited requests.

ны обязаны назначить один или несколько органов, предназначенных для практической поддержки потребителей при споре с продавцами, связанном с применением Регламента.

Через два года после вступления в силу данного Регламента, начиная с 23.03.2020, каждые пять лет Комиссия должна направлять отчет Европарламенту, Совету и Экономическому и социальному комитету с оценкой влияния Регламента на внутренний рынок ЕС и трансграничную электронную торговлю. Такой отчет может быть сопровождается предложением о внесении изменений в Регламент, учитывающих изменения правового регулирования, а также экономического развития. В марте 2020 г. Комиссия опубликовала сообщение «Выявление и устранение препятствий на Едином рынке», в котором, в частности, была констатирована положительная динамика в сфере электронной торговли в связи с вступлением в силу Регламента⁵³. Однако это не означает, что все препятствия, связанные с трансграничными продажами, исчезли. Так, администраторы 1/5 веб-сайтов не соблюдали Регламент в части, позволяющей потребителям совершать покупки с веб-сайтов, не осуществляющих доставку в страну их проживания, при условии, что они могут доставить его по адресу в стране, обслуживаемой продавцом⁵⁴; трансграничный доступ к аудиовизуальному контенту часто не работает (примерно в половине случаев), в основном именно из-за гео-блокировки⁵⁵.

Заключение

Институты ЕС принимали и продолжают принимать комплекс мер, направленных на оптимизацию функционирования внутреннего рынка ЕС, в том числе единого цифрового рынка. В свою очередь, последний включает трансграничную электронную торговлю, которая обладает большим потенциалом с точки зрения развития интеграционных процессов. Одним из препятствий доступа покупателей к товарам и услугам электронной торговли выступает необоснованная гео-блокировка. Она служит и препятствием развитию внутреннего рынка ЕС, что подчеркивает важность ее запрета. Регламент разрабатывался также с целью восполнения пробелов в праве ЕС, в частности, созданных неопределенностью некоторых норм (например, Ди-

⁵³ Communication from the Commission «Identifying and addressing barriers to the Single Market». Brussels, 10.3.2020. COM (2020) 93 final.

⁵⁴ Consumer Protection Cooperation Network sweep. European Commission. Press release. 31.01.2020. Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_156 (дата обращения: 14.04.2020)

⁵⁵ Flash Eurobarometer study on Intra-EU communications. European Commission. 13.05.2019. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/flash-eurobarometer-study-intra-eu-communications> (дата обращения: 14.04.2020)

рективы N 2006/123), что ведет к закреплению более жестких требований, предъявляемых к продавцам товаров и поставщикам услуг. Конечно, Регламент имеет ограниченную предметную сферу действия, в основном совпадающую со сферой действия Директивы N 2006/123. В нем закрепляется запрет дискриминации покупателей на основании гражданства, места постоянного жительства и места учреждения в отношении: доступа к онлайн-интерфейсам электронной торговли; доступа к товарам и услугам; условий оплаты; соглашений о пассивных продажах. Но неодинаковое отношение продавцов к покупателям может быть оправдано на основании положения Регламента. Например, если подобные действия необходимы для выполнения требований, предъявляемых к сфере деятельности продавца, закрепленных в праве ЕС или законодательстве его члена ЕС. Тогда гео-блокировка не будет рассматриваться как препятствие реализации свобод внутреннего рынка. Так, гео-блокировка как препятствие представляет собой дискриминационную практику, которая препятствует потребителям иметь доступ и приобретать товары или услуги через веб-сайты, базирующиеся в другом государстве-члене ЕС. На уровне как ЕС, так и государств-членов должны предприниматься активные действия, обеспечивающие должное функционирование единого цифрового рынка, как неотъемлемой части внутреннего рынка ЕС. На национальном уровне должны быть устранены препятствия, исходящие не только от государственных органов, но и от частных субъектов.

Приведем отрывок из обзора Комиссии: «Нет ничего неизбежного в отношении воздействия цифровых технологий. Они будут продолжать изменять наше общество и экономику, но то, как они это делают, во многом зависит от того, как граждане ЕС, предприятия и государственные органы решают использовать их и как мы формируем правовую основу этих технологий»⁵⁶.



Библиография

Виноградов А.А. Договорное право ЕС — завтрашний день Евросоюза // Вестник МГИМО. 2011. N 5. С. 248–250.

Григорьев М.Н. Маркетинг. М.: Юрайт, 2011. 286 с.

Дмитриева Г.К. (ред.) Унификация и гармонизация в международном частном праве. М.: Норма, 2016. 208 с.

Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н. Унификация норм о международной судебной юрисдикции в международном процессуальном праве // Международное право и международные организации. 2013. N 3. С. 343–378.

Жуков И.В. Активные продажи как способ продвижения товаров // Проблемы экономики и менеджмента. 2015. N 2. С. 27–29.

⁵⁶ A Connected Digital Single Market for All. Brussels, 10.05.2017. COM (2017) 228 final.

Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. N 6. С. 38–49.

Кашкин С.Ю. (отв. ред.) Интеграционное право в современном мире: сравнительно-правовое исследование. М.: Проспект, 2015. 416 с.

Кашкин С.Ю. Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарии. М.: Юриспруденция, 2001. 208 с.

Моисеев А.А. Надгосударственность в современном международном праве. М.: Научная книга, 2007. 287 с.

Пилипенко А.Н. Франция: к цифровой демократии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 185–207.

Талапина Э.В. Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 164–184.

Энтин Л.М. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека. М.: Норма, 2012. 960 с.

Юмашев Ю.М. Экономическое право Европейского Союза. М.: Норма, 2015. 382 с.

Ashton K. (2009) That 'Internet of Things' Thing. In the real world, things matter more than ideas. RFID Journal, 2009, 22 June.

Barnard C. The substantive law of the EU. The four freedoms. Oxford: University Press, 2007, 643 p.

Boutayeb C. Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique. Paris: Lextenso, 2017. 578 p.

Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P. (2016) L'Union européenne. Paris: Dalloz, 1160 p.

Craig P., de Búrca G. EU Law. Text, cases and materials. Oxford: Oxford University Press, 1998. 1152 p.

Dony M. Droit de l'Union Européenne. Bruxelles: Université, 2010. 763 p.

Chalmers D., Davies G., Monti G. (ed.) European Union law. Cases and materials. Cambridge: University Press, 2010. 1011 p.

Patterson D., Södersten A. (ed.) (2016) A Companion to European Union Law and International Law. N.Y.: John Wiley, 2016, 616 p.

Tridimas T. Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? /Philosophical foundations of European Union law. Ed by J. Dickson, P. Eleftheriadis. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 307–330.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

Legal Regulating Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union



Elena Postnikova

Associate Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: epostnikova@hse.ru



Abstract

The article examines the legal regulation in the EU the ban on unjustified geo-blocking and other forms of discrimination due to citizenship, location or the place of establishment as the obstacles to create a single digital EU market. The aim of the research is to identify the special features and trends. The methods applied were both general and special legal methods, i.e. legal historical, formal legal, comparative methods, the method of legal forecasting. The EU faces new challenges influencing its achievement one of which is digitalization. To increase the efficiency of the legal regulation of the internal market the permanent evolution of is required by spreading the integration various areas of digitalization. Hence, the EU internal market started including a single digital market, one of the pillars of which is the access of the buyers to the goods and services of electronic trade. The commission declared a number of issues to implement the EU competition law one of which is geo-blocking. The article defines the key concepts of the legal relations under research. The unjustified geo-blocking is a discriminating practice impeding the access and acquisition of the goods and services via web-sites located in another EU member state. The geo-blocking is considered as a material obstacle to implement the fundamental freedoms and/or as a material violation of competition. The result of the consistent actions of the EU institutions was the act on harmonizing legislations — Rules N2018/302 on counteracting unjustified geo-blocking and other forms of discriminating buyers due to citizenship, permanent address and the place of office. The essence of the Rules is the ban on the direct and indirect discrimination of buyers against the access to online-interfaces of electronic trade, goods and services, conditions of payment, agreements on passive sales. The rules provide for several grounds under which the distinct attitude towards sellers due to citizenship, the place of residence and office may be justified. The actions of the EU institutions promote to fixing stricter requirements against sellers and providers. To fulfil the potential of the internal market the obstacles should be removed, in particular geo-blocking.



Keywords

European Union; European Union law; geo-blocking; internal market; single digital market; electronic commerce; freedom of movement of goods; freedom to provide services; principle of non-discrimination.

For citation: Postnikova E.V. (2020) Legal Regulating Prohibition of geo-blocking to Create a Single Digital Market of the European Union. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 207–234 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.207.234



References

Ashton K. (2009) That 'Internet of Things' Thing. In the real world, things matter more than ideas. *RFID Journal*, 22 June.

Barnard C. (2007) *The substantive law of the EU. The four freedoms*. Oxford: University Press, 643 p.

Boutayeb C. (2017) *Droit matériel de l'Union Européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et secteur publique*. Paris: Lextenso, 578 p.

Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P. (2016) *L'Union européenne*. Paris: Dalloz, 1160 p.

- Craig P., de Búrca G. (1998) *EU Law. Text, cases and materials*. Oxford: University Press, 1152 p.
- Chalmers D., Davies G. and Monti G.(eds.) (2010) *European Union law. Cases and materials*. Cambridge: University Press, 1011 p.
- Dony M. (2010) *Droit de l'Union Européenne. Troisième édition revue et augmentée*. Bruxelles: Université, 763 p.
- Dmitrieva G.K. (ed.) (2016) *Unification and harmonization in international private law*. Moscow: Norma, 208 p. (in Russian)
- Entin L.M. (2012) *EU law and the protection of human rights*. Moscow: Norma, 960 p. (in Russian)
- Erpylyova N.Yu., Klevchenkova M.N. (2013) Unifying the norms of international judicial jurisdiction in international procedural law. *International law and international organizations*, no 3, pp. 343–378 (in Russian)
- Grigoryev M.N. (2011) *Marketing*. Moscow: Yurait, 286 p. (in Russian)
- Ispolinov A.S. (2012) In search of the balance between the freedoms of the internal market and human rights in the EU judicial practice. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nigo pravovedeniya*, no 6, pp. 38–49 (in Russian)
- Kashkin S.Yu. (ed.) (2015) *Integration law in the modern world: a comparative research*. Moscow: Prospekt, 416 p. (in Russian)
- Kashkin S.Yu. (2001) The EU Charter on the fundamental rights: commentaries. Moscow: Yurisprudentsiya, 208 p. (in Russian)
- Moiseev A.A. (2007) *Supranationalism in the modern international law*. Moscow: Nauchnaya kniga, 287 p. (in Russian)
- Patterson D., Södersten A. (ed.) (2016) *A Companion to European Union Law and International Law*. New York: Wiley, 616 p.
- Pilipenko A.N. (2019) France: towards digital democracy. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 185–207 (in Russian)
- Talapina E.V. (2019) Digital transformation in France: new laws. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 164–184 (in Russian)
- Tridimas T. (2012) Precedent and the Court of Justice: A jurisprudence of doubt? *Philosophical foundations of European Union law*. J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.). Oxford: University Press, pp. 307–330.
- Vinogradov A.A. (2011) EU Contract law — tomorrow of the EU. *Vestnik MGIMO*, no 5, pp. 248–250 (in Russian)
- Yumashev Yu. M. (2015) The economic law of the European Union. Moscow: Norma, 382 p. (in Russian)
- Zhukov I.V. (2015) Dynamic sales as a way of promoting goods. *Problemy ekonomiki i menedzhmenta*, no 2, pp. 27–29 (in Russian)

Натурализация в Испании в свете иммиграционных процессов



М.В. Вениаминова

Младший научный сотрудник, сектор конституционного права и конституционной юстиции Института государства и права РАН. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, Знаменка, 10. E-mail: maria.veniaminova@gmail.com



Аннотация

Каждое государство при приеме в гражданство стремится отобрать наиболее лояльных, законопослушных и адаптированных к жизни в стране пребывания мигрантов. В этих целях законодатель устанавливает ряд определенных требований, исполнение которых свидетельствует о включенности заинтересованных лиц в принимающее общество и служит основанием для предоставления гражданства государства пребывания. В статье подробно рассматриваются процедура натурализации в Испании, а также требования, предъявляемые к ходатайствующим о получении испанского гражданства иностранцам. Автор выделяет требования, которые нужно исполнить как до получения извещения о решении государственных органов, так и после получения положительного решения. До реформы 2015 г. документы, необходимые для натурализации, сдавались в печатном виде, а соответствие кандидатов на натурализацию предусмотренным законом условиям, в том числе интеграционным проверялось в ходе прохождения собеседования с государственным служащим. В настоящее время предусмотрена электронная процедура подачи документов для натурализации, а для подтверждения интеграции в принимающее общество кандидаты на натурализацию в стране должны пройти два экзамена и получить диплом о владении испанским языком и сертификат на знание конституционных основ и социокультурных реалий Испании. В последнее время при приеме в гражданство власти большинства европейских стран стали учитывать владение государственным языком и наличие базовых знаний о принимающем государстве и обществе. В Испании соответствующие требования были введены позднее, чем в других европейских странах. Делается вывод о том, что с введением соответствующих экзаменов оценка социальной и культурной интеграции лиц, претендующих на натурализацию в принимающее государство, станет более объективной, а переход на электронную форму подачи документов позволит существенно сократить сроки подачи и рассмотрения документов. Кроме того, это позволит более последовательно осуществлять интеграционную политику страны.



Ключевые слова

права человека, гражданство, натурализация, иммиграция, ценз оседлости, языковой ценз, отказ от прежнего гражданства, публичный порядок, национальный интерес.

Для цитирования: Вениаминова М. В. Натурализация в Испании в свете иммиграционных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 235–252.

УДК: 342.711

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.235.252

Введение

Каждое государство при приеме в гражданство стремится отобрать наиболее законопослушных, лояльных по отношению к государству пребывания и адаптированных в новое общество мигрантов, т.е. заинтересовано получить полноценных участников жизни общества и государства. В этих целях законодатель устанавливает ряд определенных требований, перечень которых варьируется от страны к стране, исполнение которых свидетельствует о включенности заинтересованных лиц в принимающее общество и служит основанием для принятия решения о предоставлении гражданства. Приобретение гражданства, таким образом, является конечным этапом иммиграции лица, свидетельствующем о полной степени его интеграции в принимающее государство.

В испанском законодательстве предусмотрено два вида натурализации: на основании проживания и путем выдачи свидетельства о натурализации. Натурализация путем выдачи соответствующего свидетельства — это упрощенный порядок предоставления испанского гражданства, который зависит от дискреционных полномочий Совета министров. Как правило, данный способ приема в гражданство применяется в отношении лиц, которые имеют особые заслуги перед Испанией. В данной статье будет рассмотрен первый из двух видов — натурализация на основании проживания (*naturalización por residencia*). В Испании круг прав у натурализованных граждан несколько уже, чем у граждан по рождению. Для них исключается возможность приобретения двойного гражданства тех государств, с которыми Испания заключила соответствующие соглашения, к ним может быть применена процедура лишения гражданства (ч. 2, 3 ст. 11 Конституции (1978 г.)).

Рассматриваемый способ является наиболее востребованным способом приобретения испанского гражданства. Так, по данным Национального института статистики в 2016 г. гражданство приобрели 150 944 проживающих в Испании иностранных граждан. При этом большая часть иностранцев приобрела гражданство путем натурализации на основании проживания (117 994 человек, что составляет 78,2%¹).

В Испании в силу традиции, берущей начало от Кодекса Наполеона, базовое регулирование отношений гражданства предусмотрено в Гражданском кодексе 1889 г. (далее — ГК). ГК предусматривает перечень условий, соблюдение которых является необходимым как до решения о предоставлении или об отказе в предоставлении гражданства, так и после удовлетворения ходатайства о приеме в гражданство.

¹ Instituto Nacional de Estadística. Estadística de Adquisiciones de Nacionalidad Española de Residentes. Datos definitivos. Año 2016. P. 1–2. Available at: https://www.ine.es/prensa/aner_2016.pdf (дата обращения: 18.01.2018)

Обязательным условием приобретения гражданства рассматриваемым способом является соблюдение ценза оседлости. Кроме того, в Испании установлены квалифицируемые требования к претендентам на натурализацию. Для приобретения испанского гражданства они должны проживать на территории страны на законных основаниях непрерывно до подачи заявления о приеме в гражданство в рамках установленного законом срока. Испанский законодатель предусмотрел также моральные критерии, поскольку от заинтересованных лиц требуется документальное подтверждение хорошего гражданского поведения, а также достаточной степени интегрированности в принимающее общество.

Важно отметить, что в испанском законодательстве предусмотрены имущественные издержки. Претендентам на натурализацию необходимо уплатить пошлину для начала процедуры натурализации. Кроме того, для участия в проверке уровня владения языком и базовых представлений о принимающем обществе и государстве также необходимо уплатить определенную сумму. Так, за рассмотрение заявлений по вопросам гражданства установлена пошлина в размере 100 евро. Все эти требования нужно исполнить до получения извещения о решении государственных органов. После положительного решения заинтересованному лицу необходимо принести присягу и сделать заявление об отказе от прежнего гражданства.

1. Требования, которые необходимо выполнить до решения о предоставлении или об отказе в предоставлении гражданства

Ценз оседлости или квалификационный период, т.е. время нахождения на территории государства — обязательное условие приобретения гражданства страны. Как отмечается в отечественной литературе, проживание в стране в течение установленного срока — это гарантия, что претендент на натурализацию адаптировался в стране, а у уполномоченных органов в течение данного срока существует возможность собрать необходимую информацию о поведении данного лица [Андреева Г.Н., 2009: 192]. По сравнению с другими европейскими государствами² Испании присущ один из самых высоких цензов оседлости, поскольку для приобретения испанского граждан-

² Законодательством зарубежных стран предусмотрен различный срок проживания на территории государства. Можно встретить мягкие (до пяти лет: в Бельгии три года, в Ирландии и Канаде — четыре года), умеренные (от пяти до 10 лет: в Нидерландах и Франции — пять лет, в Финляндии — шесть лет, Германии — восемь лет, Дании — девять лет) и жесткие подходы к регламентации ценза оседлости (не менее 10 лет: в Австрии, Греции, Люксембурге и Португалии — 10 лет, в Швейцарии — 12 лет). См.: [Васильева Т.А., 2010: 28] [Huddleston T. et al, 2011: 22–23].

ства необходимо, чтобы общий срок проживания заинтересованного лица на территории Испании составлял не менее 10 лет (ч. 1 ст. 22 ГК).

Несмотря на это, законодатель предусмотрел ряд возможностей для приобретения гражданства страны данным способом в упрощенном порядке, при котором ценз оседлости варьируется от пяти лет до одного года. Лица, получившие статус беженца, могут подавать документы на получение гражданства после пяти лет проживания в Испании. Гражданам по рождению иберо-американских государств, Андорры, Филиппин, Экваториальной Гвинеи, Португалии, а также сефардам³ срок проживания в Испании сокращен до двух лет (ч. 1 ст. 22). Кроме того, согласно ч. 2 ст. 22 ГК, ряду лиц период проживания на территории Испании сокращен до одного года⁴.

Согласно абз. 1 ч. 3 ст. 22 ГК, проживание в течение установленного срока должно быть законным, непрерывным и непосредственно предшествовать подаче заявления о приеме в гражданство. Понятие «проживание на законных основаниях» означает, что одного факта проживания на испанской территории недостаточно для приобретения гражданства данной страны. Основанием приема в испанское гражданство иностранных граждан является получение разрешения на временное или постоянное (долгосрочное) проживание в стране. Для проживающих в Испании граждан государств-членов ЕС подобным основанием является запись о данном факте в Центральном регистре иностранцев, а для членов их семей — разрешение на проживание для членов семей граждан ЕС.

В соответствии с судебной практикой такие документы, как дипломатическая карточка, разрешение на обучение в Испании или студенческий билет, не могут выступать в качестве основания для приобретения гражданства страны. В то же время период, в течение которого у заинтересованного лица имелось удостоверение личности⁵, выдаваемое Министерством внутренних

³ Потомки коренных испанских евреев, изгнанных католическими королями Изабеллой I Кастильской и Фердинандом II Арагонским из Королевства в конце XV в.

⁴ К ним относятся следующие категории иностранных граждан: лица, рожденные на испанской территории; лица, своевременно не реализовавшие свое право на выбор гражданства; лица, которые на законных основаниях находились под защитой, опекой или попечительством испанского гражданина или учреждения в течение двух лет подряд, в том числе если они по-прежнему находятся в такой ситуации на момент подачи заявления; лица, которые на момент подачи заявления состояли в браке с испанцем или испанкой в течение года и не расстались с супругом на законных основаниях или фактически; вдова испанца или вдовец испанки, если на момент смерти супруга они с ним не расстались на законных основаниях или фактически; лица, родившиеся за пределами Испании, если их отец или мать, дедушка или бабушка были испанцами по рождению (ч. 2 ст. 22).

⁵ Документ, удостоверяющий личность, выполнен в форме пластиковой карты и имеет срок действия, по истечении которого подлежит замене. Данный документ действителен в течение двух лет для лиц в возрасте до пяти лет, в течение пяти лет для лиц в возрасте до 30 лет, 10 лет для лиц в возрасте от 30 до 70 лет, бессрочно по достижении 70 лет.

дел, может рассматриваться в качестве законного срока проживания на территории Испании [Álvarez Rodríguez A., 2008: 86].

Что касается требования о непрерывности проживания на испанской территории, то в решении от 19.09.1988 Верховный суд Испании постановил, что пока жизнь заинтересованного лица сосредоточена в Испании, при установлении факта непрерывности проживания не должны учитываться надлежащим образом подтвержденные непродолжительные и редкие поездки или выезды за рубеж (п. 1 мотивировочной части)⁶. Свою позицию Верховный суд подтвердил и уточнил в решении от 26.11.2002 в котором он, продемонстрировав гибкий подход, разрешил нерегулярные отъезды за рубеж по причине обучения или работы. Однако в решении от 18.05.2006 Суд отметил, что лицо не выполняет требование об эффективном проживании, если занимается индивидуальной трудовой деятельностью за пределами Испании [Álvarez Rodríguez A., 2008: 87–88].

Заинтересованное лицо должно также документально подтвердить хорошее гражданское поведение и достаточную степень интегрированности в испанское общество (ч. 4 ст. 22 ГК). Как правило, подтверждение хорошего гражданского поведения сводится к предъявлению заинтересованным лицом документов, подтверждающих отсутствие судимости, выданных компетентными органами (как Испании, так и страны происхождения либо проживания заявителя).

Поскольку легальное определение «хорошего гражданского поведения» отсутствует, содержание данного словосочетания является размытым и неясным. В связи с этим соответствие кандидата на натурализацию данному требованию решается в каждом случае отдельно. Как справедливо отмечает профессор С.В. Черниченко, введение в законодательство о гражданстве иностранных государств условия о хорошем поведении, не носящего самостоятельного характера, позволяет властям страны отказать лицу в натурализации [Черниченко С.В., 1968: 62].

При наличии судимости у заинтересованного лица учитываются вид и степень общественной опасности совершенных преступлений. В своих решениях Верховный суд пришел к выводу, что совершение незначительных правонарушений или преступлений небольшой тяжести не свидетельствует о несоответствии кандидата на приобретение испанского гражданства требованию о хорошем гражданском поведении, предусмотренном ч. 4 ст. 22 ГК, поскольку не может рассматриваться в отрыве от иных обстоятельств дела. Так, вьетнамскому гражданину дону Томасу, получившему статус беженца в Испании и работающего управляющим ресторана в Мадриде, было отказано в предоставлении испанского гражданства, поскольку он был при-

⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia 11055/1988 de 19 de Septiembre de 1988.

знан виновным в нарушении общественного порядка ввиду отсутствия обязательного страхования гражданской ответственности ресторана (абз. 1 п. 2 мотивировочной части). Впоследствии он обратился с апелляционной жалобой на отказ в гражданстве в Национальный суд, который отменил решение административного органа от 25.03.2005 и признал за заявителем право на получение испанского гражданства. В решении от 25.04.2007 Национальный суд основывался на следующих доводах: после принятия решения об отказе в приеме в гражданство заявитель незамедлительно подал необходимые для получения страхового свидетельства документы; впоследствии отсутствие страхового свидетельства ответственности ресторана было декриминализовано и переведено в разряд административных правонарушений; с момента совершения правонарушения до подачи заявления на получение испанского гражданства прошло пять лет (это необходимый ценз оседлости для беженцев); он не совершал предосудительных действий; имел в Испании постоянную работу и, исходя из его семейного и социального положения, был отлично интегрирован в стране (абз. 2 п. 2 мотивировочной части).

Государственный обвинитель обратился с кассационной жалобой на решение Национального суда в Верховный суд и утверждал, что наличие обвинительного приговора по уголовному делу свидетельствует о несоответствии претендента на получение гражданства страны требованиям о хорошем гражданском поведении, а тот факт, что впоследствии данное правонарушение было переведено из разряда уголовных в административные правонарушения, не делает его менее предосудительным (п. 3 мотивировочной части). В решении от 08.06.2010⁷ Верховный суд не согласился с позицией Государственного обвинителя и подчеркнул, что наличие ранее вынесенного судебного решения по уголовному делу не является автоматическим подтверждением «плохого» гражданского поведения лица. Суд также отметил, что он не отрицает наличия судимости у заявителя за нарушение общественного порядка, но рассматривает только вопрос о том, в какой степени наличие судимости может рассматриваться в качестве показателя несоответствия требованию о хорошем гражданском поведении. Суд пришел к выводу, что совершение преступления небольшой тяжести не является достаточным основанием для того, чтобы признать несоответствие заявителя требованию о хорошем гражданском поведении и, соответственно, отказать в приеме в гражданство (абз. 1 п. 4 мотивировочной части).

При оценке соответствия данному требованию претендентов на получение гражданства в порядке натурализации путем проживания помимо судимости следует также учитывать и иные позитивные и негативные сведения, которые могут свидетельствовать об отношении лица к принимающему об-

⁷ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 2847/2010 de 8 de Junio de 2010.

ществу. Суд пришел к выводу, что в рассматриваемом деле, за исключением отсутствия обязательного страхования, поведение вьетнамского гражданина было безукоризненным, дал заявителю в целом позитивную характеристику и признал его соответствующим этому требованию (абз. 2 п. 4 мотивировочной части).

Степень интегрированности в принимающее общество до реформы 2015 г. проверялась во время собеседования с государственным служащим — судьей при Гражданском регистре, который оценивал соответствие претендентов предусмотренным законодательством требованиям. При оценке соответствия кандидатов на натурализацию интеграционным требованиям в первую очередь учитывалась степень владения государственным языком как фактора, свидетельствующего об успешной адаптации лиц в принимающее испанское общество. Так, по данным Национального опроса иммигрантов за 2007 г., владение испанским языком имеет положительное влияние на достижения как на рынке труда (в большей степени), так и на социальную интеграцию иммигрантов в испанское общество. Если иммигранты владеют одним из романских языков, процесс приобретения определенного уровня знаний испанского языка оказывается более быстрым и успешным непосредственно после прибытия в Испанию. Не знающие языков данной группы (треть всех прибывших), даже после 10 лет пребывания на территории Испании имеют очень слабые знания [Соколова В.М., 2016: 205–206].

Верховный суд пришел к выводу, что безграмотность лиц, претендующих на приобретение гражданства, не свидетельствует о недостаточном уровне интеграции в испанское общество и не может служить достаточным основанием для отказа в предоставлении гражданства страны. Так, в одном из дел Палата по административным спорам Верховного суда рассматривала кассационную жалобу гражданки Марокко доньи Саломе на решение от 28.07.2006, вынесенное Национальным судом, который оставил без изменений апелляционную жалобу на решение административного органа от 22.09.2003 об отказе в предоставлении гражданства по причине недостаточной степени интегрированности в испанское общество. В данном деле Национальный суд, в частности, отметил, что для приобретения испанского гражданства в связи с проживанием наряду с установленным цензом оседлости надо продемонстрировать соответствие требованиям, необходимым для приобретения гражданства, включая соответствие стилю жизни, обычаям и ценностям, адаптацию в испанское общество. По мнению суда, эти требования отличаются от тех, которые необходимы для проживания на испанской территории (абз. 3 п. 2 мотивировочной части). Суд отметил, что Саломе хотя и говорила на испанском языке, но не умела читать и писать на нем, не знала испанских обычаев. Главная предпосылка отказа в гражданстве за-

ключалась в том, что она заявила, что испанский паспорт ей нужен для переезда в Нидерланды (абз. 2 п. 1 мотивировочной части). Саломе обжаловала решение в Верховном суде.

В решении № 2703 от 16.04. 2009 ⁸ Палата по административным спорам Верховного суда подчеркнула, что социальная интеграция зависит не только от уровня знания языка, но и от совместимости образа жизни заявительницы с социальными принципами и ценностями, от степени ее участия в экономических, социальных и культурных отношениях, а также от семейных связей. Заявительница продемонстрировала базовое знание социально-политической среды, в которой проживает, имела очевидные семейные связи, поскольку ее муж и пять детей имели испанское гражданство, владела испанским языком в объеме, позволяющем ей понимать и разговаривать без затруднений. То, что заявительница не могла читать и писать на испанском, было обусловлено ее неграмотностью. Суд признал, что трудности в получении доступа к образованию являлись для нее непреодолимым препятствием для приобретения испанского гражданства (п. 4 мотивировочной части). Административная палата Верховного суда пришел к выводу, что безграмотность заявительницы не являлась достаточным основанием для отказа в предоставлении ей гражданства, поскольку уровень ее интеграции в испанское общество был достаточным. Так, заявительница проживала в Испании с 1965 г., была зарегистрирована в качестве жительницы в реестре региона с 1975 г., а также связана с Испанией экономическими узами, так как получала пенсию по инвалидности. С 1990 г. она имела вид на жительство как жена натурализованного испанского гражданина, пять ее детей имели испанское гражданство и проживали в стране. Имелось подтверждение ее хорошего гражданского поведения. В ходе интервью она продемонстрировала, что разговаривает на кастильском языке без помощи переводчика. Кроме того, выяснилось, что она хотела встретиться в Нидерландах со родственником, а не переехать в эту страну на постоянное место жительства.

До 2015 г. наиболее распространенным основанием для отказа в приеме в гражданство было незнание потенциальными кандидатами государственного языка Королевства (кастильского либо официального языка того автономного сообщества, в котором проживало заинтересованное лицо). Следует отметить, что в этот период заинтересованное лицо могло продемонстрировать знание не только кастильского языка, но и иных языков, имеющих наряду с кастильским официальный статус в автономных сообществах Испании: аранским в Каталонии (район (комарка) Валь-д'Аран), баскским в Наварре и Стране Басков, валенсийским в Валенсии, галисийским в Галисии, каталанским на Балеарских островах, Валенсии и Каталонии. Однако после рефор-

⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 2703/2009 de 16 de Abril de 2009.

мы 2015 г. подтверждение знания языка возможно только на кастильском диалекте, считающемся литературной нормой испанского языка.

Система интервьюирования кандидатов на натурализацию вызывала серьезную критику, поскольку судьи в разных регионах Испании демонстрировали различие в подходах. В связи с этим было принято решение установить универсальные и единообразные требования для всех кандидатов на натурализацию. Для подтверждения интегрированности в испанское общество с 2015 г. необходимо сдать экзамен на получение диплома, подтверждающего владение испанским языком как иностранным (DELE — *Diplomas de Español como Lengua Extranjera*) и пройти тест на получение сертификата, подтверждающего знание конституционных основ и социокультурных реалий Испании (CCSE — *Conocimientos constitucionales y socioculturales de España*). Данные тесты составляются и разрабатываются Институтом Сервантеса, который определяет центры, где можно пройти экзамены⁹, и устанавливает цены за их сдачу. Стоимость прохождения экзамена DELE зависит от уровня подготовки и места сдачи экзамена. Так, в России стоимость экзамена за уровень А2 составляет 3 800 руб.¹⁰ Стоимость регистрационного взноса за прохождения экзамена CCSE является единой по всему миру и ежегодно пересматривается. Например, в 2019 г. для прохождения экзамена CCSE кандидат на прием в испанское гражданство должен оплатить регистрационный взнос в размере 85 евро.

Экзамен DELE — это тестирование на подтверждение базового знания испанского языка. В соответствии с региональными стандартами¹¹ минимальным необходимым уровнем владения испанским языком является уровень А2 (предпороговый уровень). Кандидатам, сдавшим экзамен, вручается диплом о знании испанского как иностранного языка, действующий бессрочно. В ходе прохождения письменного тестирования CCSE оценивается знание кандидатов на натурализацию истории, Конституции и социокуль-

⁹ В России экзамен CCSE можно пройти только в Институте Сервантеса в Москве. Центры сдачи экзамена DELE находятся в Волгограде, Воронеже, Екатеринбурге, Ижевске, Иркутске, Казани, Новосибирске, Омске, Орле, Перми, Пятигорске, Ростове-на-Дону, Санкт-Петербурге, Саратове, Твери, Улан-Удэ. В Москве экзамен DELE сдается также в Институте Сервантеса. Available at: URL: http://moscu.cervantes.es/ru/dele_ispanskiy/tsentri_dele.htm (дата обращения: 18.01.2018)

¹⁰ Available at: URL: https://moscu.cervantes.es/ru/DELE_ispanskiy/stoimost_dele_ispanskiy.htm (дата обращения: 18.01.2018)

¹¹ При разработке Закона испанские власти ориентировались на «Общеввропейские компетенции владения иностранным языком: изучение, преподавание, оценки», разработанные в Совете Европы в рамках проекта «Изучение языков для европейского стандарта» (1989–1996 гг.). В ноябре 2001 г. Совет Европы в своей резолюции рекомендовал государствам-членам использовать данный документ в процессе создания национальных систем оценки языковой компетенции.

турных реалий страны. Кандидатам, сдавшим экзамен CCSE, вручается сертификат, действительный в течение четырех лет с указанной на нем даты (ч. 4 ст. 10 Приказа № 1625 от 30.09. 2016¹²).

В отношении некоторых лиц испанским законодателем предусмотрен упрощенный порядок приема в гражданство. Все лица, в отношении которых предусмотрен упрощенный порядок приема в гражданство, должны подтвердить свой статус подачи в Гражданский регистр соответствующих документов. Так, от прохождения теста DELE освобождаются лица, являющиеся гражданами стран, в которых испанский признается официальным языком. Согласно Регламенту, регулиющему порядок приобретения испанского гражданства на основании проживания, утвержденному Королевским Декретом № 1004 от 6.11.2015¹³, такими странами признаются Аргентина, Боливия, Венесуэла, Гватемала, Гондурас, Доминиканская Республика, Колумбия, Коста-Рика, Куба, Мексика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу, Пуэрто-Рико, Сальвадор, Уругвай, Чили, Эквадор, Экваториальная Гвинея (ч. 5 ст. 6).

В соответствии с ч. 2 ст. 21 ГК право предоставления гражданства Испании входит в компетенцию Министра юстиции. Решение о приеме в гражданство Испании принимается посредством издания Приказа Министра юстиции [García Rubio M., 1992: 981]; [Peré Raluy J., 1995: 136], который публикуется в Официальном бюллетене государства¹⁴ раз в полгода [Carrascosa González J., 2002: 26]. Ведомством, ответственным за прием в гражданство, является Министерство юстиции и его подразделения. В компетенцию Генерального управления регистров и нотариата при Министерстве юстиции входит подготовка проектов нормативных правовых актов в области гражданства и гражданского состояния, а также сбор, обработка и хранение документов по вопросам гражданства.

Понятие «Гражданский регистр» в Испании используется в двух значениях. С одной стороны, это орган, подведомственный Главному управлению регистров и нотариата Министерства юстиции, состоящий из центрального, консульских и муниципальных отделений, с другой стороны, это электронная база данных, содержащая информацию об актах гражданского состояния всех лиц, проживающих на территории страны. В нее вносятся сведения

¹² Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia // BOE. 2016. 11 octubre. No. 246. P. 72058–72071.

¹³ Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia // BOE. 2015. 7 noviembre. N. 267. P. 105523–105535.

¹⁴ Boletín Oficial del Estado(BOE) — официальное издание, где публикуются законы и иные нормативные правовые акты Королевства Испании.

и о гражданстве. С принятием Закона № 20 от 21.07.2011 «О Гражданском регистре» был упразднена система учета, основанная на территориальном принципе и на разновидностях актов гражданского состояния лиц, и введен новый подход, базирующийся на системе личного учета граждан. Для каждого из них создается индивидуальный регистр, куда вносится запись об актах и фактах, связанных с гражданским состоянием, в том числе и о гражданстве. Данный закон отказался от традиционной системы деления гражданского регистра на разделы (рождение, браки, смерть, опека, попечительство и юридическое представительство) и перешел к формированию личных реестров граждан, в которых все юридические факты и обстоятельства сводятся воедино (ч. 1 ст. 5).

Министр юстиции может отказать в приеме в гражданство, мотивируя свое решение необходимостью защиты публичного порядка или национального интереса (ч. 2 ст. 21 ГК). Верховный Суд неоднократно подчеркивал, что полигамия является достаточным основанием для отказа в предоставлении гражданства, поскольку свидетельствует не только о недостаточной интеграции лица в принимающее общество, но и противоречит испанским законам и публичному порядку Испании. В частности, в решении от 19.06.2008¹⁵. Верховный суд дал определение общественному порядку как совокупности неотъемлемых и основополагающих ценностей, на которые опирается испанский правопорядок, который, безусловно, несовместим с полигамией, предполагающей неравенство между мужчиной и женщиной (абз. 2 п. 3 мотивировочной части). Вступление в брак с лицом, уже состоящим в браке, согласно ст. 217 Уголовного кодекса Испании¹⁶ является преступлением.

Отказ в предоставлении гражданства может быть обжалован в порядке административного судопроизводства (ч. 5 ст. 22 ГК). Жалоба о пересмотре решения по вопросу предоставления гражданства может быть подана непосредственно в орган, принявший соответствующее решение, либо на решение административного органа может быть подана непосредственно апелляция в Национальный суд, решение которого, в свою очередь, может быть обжаловано в порядке кассационного судопроизводства в Верховном суде Испании. Если орган, принявший решение, не рассмотрел жалобу в течение одного месяца, она считается отклоненной и заявитель вправе подать апелляцию непосредственно в Национальный суд. Срок подачи жалобы в Национальный суд составляет два месяца, исчисляемый со дня, следующе-

¹⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia 3054/2008 de 19 Junio 2008.

¹⁶ В качестве наказания за совершение данного преступления предусмотрено лишение свободы на срок от шести месяцев до одного года. См.: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal // BOE. 1995. 24 noviembre. No. 281. P. 33987–34058. См. также: Уголовный кодекс Испании / под ред. Н.Ф. Кузнецовой и Ф.М. Решетникова. М., 1998. 218 с.

го за днем уведомления лица о решении по вопросу приема в гражданство. В случае, если лицо не было своевременно уведомлено о принятом решении, срок обжалования решения может быть продлен до шести месяцев (ч. 1 ст. 13 Приказа № 1625).

2. Требования, которые необходимо исполнить после удовлетворения ходатайства о приеме в гражданство

В случае принятия уполномоченными органами положительного решения о приеме в гражданство, заинтересованному лицу необходимо в течение 180 дней¹⁷ после получения уведомления о предоставлении гражданства явиться в Гражданский регистр по месту проживания для выполнения ряда условий, необходимых для получения испанского паспорта. От кандидатов на натурализацию в стране в возрасте от 14 лет требуется самостоятельно¹⁸ принести присягу или дать обещание хранить верность Королю и соблюдать Конституцию и законы (п. а ст. 23 ГК). Закрепление в Кодексе данного требования в альтернативной форме обусловлено тем, что Испания является светским государством [Bercovitz Rodríguez-Cano R., 2009: 134]. Интересно отметить что католицизм, являющийся самым крупным направлением в христианстве и господствующей религией в ряде государств Западной Европы, в том числе и в Испании, не имеет статуса официальной религии в Королевстве.

Как отмечается в испанской литературе, включение данного требования в Гражданский кодекс в ходе реформы 1982 г. не противоречит закрепленному в ч. 1 ст. 16 Конституции положению о свободе вероисповедания¹⁹, поскольку обязанность хранить верность Королю трактуется как дань исторически сложившейся традиции и не символизирует верности Короне, статус которой регламентирован во II разделе «О Короне» Конституции [Fernández Rozas J., 1987: 179].

¹⁷ По истечению данного срока право на приобретение гражданства утрачивается и не может быть восстановлено. См.: [Carrascosa González J., 2002: 27].

¹⁸ В связи с этим от прохождения требований, предусмотренных п. а), б) ст. 23 ГК, освобождаются лица, не достигшие 14 лет, и недееспособные лица. Они не могут исполнить указанные требования в присутствии законного представителя, поскольку Кодексом предусмотрено самостоятельное исполнение заинтересованным лицом данных условий. См.: [Bercovitz Rodríguez-Cano R., 2009: 133–134]; [Domínguez Luelmo A., 2010: 120].

¹⁹ Согласно ч. 1 ст. 16 Конституции в стране гарантируется свобода идеологии, вероисповедания и отправления культов граждан и их объединений без ограничений, кроме необходимых для поддержания общественного порядка.

Кроме того, заинтересованные лица — претенденты на натурализацию в стране — обязаны сделать заявление об отказе от своего прежнего гражданства (п. в ст. 23 ГК). От соблюдения данного условия освобождаются граждане иберо-американских государств²⁰, Андорры, Филиппин, Экваториальной Гвинеи или Португалии — государств, ранее входившие в состав Испанской империи, а также коренные сефарды Испании (ст. 23 ГК).

Отметим, что в Испании, в отличие от некоторых европейских государств²¹, не ведется учета лиц, имеющих двойное гражданство, а государственные органы не требуют от заинтересованных лиц — кандидатов на оптацию или натурализацию — документального доказательства отказа от иного гражданства до рассмотрения ходатайства о приеме в гражданство страны. Это объясняется тем, что требование об отказе от прежнего гражданства носит формальный характер, поскольку претендентам на получение испанского гражданства необходимо только составить в Гражданском регистре заявление об отказе от иностранного гражданства.

В свою очередь, сотрудник Гражданского регистра в течение пяти дней после исполнения заинтересованным лицом требований, изложенных в ст. 23 ГК, вносит запись о факте приобретения гражданства в индивидуальный регистр лица (п. с ст. 23 ГК, ч. 1 ст. 13 Королевского декрета № 1004). В соответствии с Законом № 20 от 21.07.2011 «О Гражданском регистре»²² данная запись носит учредительный характер (ч. 1 ст. 68). Это означает, что запись о приобретении гражданства служит подтверждением факта приобретения гражданства страны и основанием для создания индивидуального регистра лица. Для регистрации факта приобретения испанского гражданства необходимо, чтобы в регистр предварительно была внесена запись о рождении заинтересованного лица (ч. 2 ст. 68). После этого иммигранту вручается удостоверение личности и испанский паспорт.

Законодательством предусмотрена возможность «испанизации» фамилий иностранных лиц, ходатайствующих о приобретении испанского гражданства. Иностранцам присваиваются две фамилии в традиционном для

²⁰ К таковым относятся государства, одним из официальных языков которых является испанский или португальский. В качестве примера можно привести Свободно ассоциированное государство Пуэрто-Рико, которое в отличие от иных бывших колоний Испании, например, Кооперативной Республики Гайаны, Республики Гаити, Республики Тринидад и Тобаго, а также Ямайки, признается Испанией иберо-американской страной. См.: *Tener la doble nacionalidad*. Ministerio de Justicia. Available at: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/nacionalidad/nacionalidad/tener-doble-nacionalidad> (дата обращения: 18.01.2018)

²¹ Более подробно о практике других европейских стран см.: [Васильева Т.А., 2010: 37].

²² Ley № 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil // BOE. 2011. 22 julio. N. 175. P. 81468–81502.

Испании порядке: первой идет фамилия отца, второй — матери²³ (обе по отцовской линии). Если у лица одна фамилия, она дублируется (ч. 1 ст. 1). Если фамилии лица в стране его происхождения склоняются по родам, то при регистрации фамилии учитывается пол нового испанского гражданина, т.е. у женщин обе фамилии регистрируются в женском роде, а у мужчин — в мужском (ч. 4 ст. 1), что особенно актуально для выходцев из постсоветского пространства. При этом фамилии изменяются как у совершеннолетних, так и у несовершеннолетних лиц.

Такая возможность была предусмотрена Инструкцией от 23.05.2007 «О фамилиях натурализованных в Испании иностранцев и засвидетельствовании данного факта в Гражданский регистр Испании»²⁴. Основная предпосылка принятия данного акта заключалась в желании испанского законодателя сохранить традиции страны и правильно идентифицировать новых испанских граждан, поскольку в некоторых случаях при регистрации новых натурализованных испанских граждан сотрудники государственных органов выдавали им документы, где была указана только одна фамилия. Кроме того, данный акт был принят, когда стало увеличиваться число лиц, желающих приобрести испанское гражданство (в период с 1990 по 2007 гг. количество принятых в гражданство иностранцев возросло более чем в 10 раз — с 7033 до 71 814 [Blanco-Morales Limones P., Caballud Hernando A.^a, 2008: 1279]), а механизм «испанизации» фамилий был призван помочь иммигрантам интегрироваться в испанское общество.

Интересно отметить, что в 2007 г. судья при Гражданском регистре Мадрида отказался регистрировать²⁵ гражданку Колумбии Дарлинг Велес Саласар (Darling Vélez Salazar, в отношении которой было принято решение о приеме в гражданство), на том основании, что ее имя слишком необычно для Испании²⁶, и по нему невозможно определить пол его носительницы, предложив сменить имя на более приемлемое. Однако после обжалования данного решения Генеральное управление регистров и нотариата разрешило ей сохранить имя²⁷.

Законом № 19 от 13.07.2015 «О мерах административной реформы в сфере действия Органа управления юстиции и Гражданского Регистра» был предусмотрен переход на электронную систему подачи документов на на-

²³ В Испании женщины при вступлении в брак традиционно не берут фамилию мужа.

²⁴ Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español // BOE. 2007. 23 mayo. N 159. P. 28872–28875.

²⁵ И, соответственно, выдать испанский паспорт и удостоверение личности.

²⁶ Основной источник имен в данной стране — это католические святцы.

²⁷ Darling ya es un nombre de mujer en España // El País. 2008. 25 abril.

турализацию на основании проживания (ч. 2 Седьмого заключительного положения). В настоящее время предусмотрена электронная процедура подачи документов для натурализации: заявление о приеме в гражданство вместе с необходимым пакетом документов нужно загрузить в электронном виде на сайте Министерства юстиции. Таким образом, Испания перешла на электронный документооборот при подаче заявлений на получение гражданства, что очевидно сокращает сроки подачи и рассмотрения документов.

Заключение

Начиная с 2000-х гг. многие государства Западной и Северной Европы изменили свою либеральную политику гражданства. Как отмечают зарубежные исследователи, наблюдается тенденция к отходу от концепции натурализации как средства, способствующего интеграции мигрантов, она заменяется концепцией натурализации как результата завершения интеграционного процесса [Bauböck R., Ersbøll E., Groenendijk K., Waldrauch H., 2006: 24]. Это связано, в том числе и с тем, что при приеме в гражданство власти большинства европейских стран стали учитывать владение государственным языком и наличие базовых знаний о принимающем государстве и обществе. В Испании соответствующие формализованные требования были введены позднее, чем в других европейских странах²⁸. Вероятно, с введением экзаменов DELE и CCSE оценка социальной и культурной интеграции претендентов на натурализацию станет более объективной, а переход на электронную форму подачи документов позволит существенно сократить сроки подачи и рассмотрения документов. Кроме того, это позволит более последовательно осуществлять интеграционную политику страны.



Библиография

Андреева Г.Н. Конституционное право зарубежных стран. М.: Норма, 2009. 512 с.

Васильева Т.А. Интегрированность мигрантов в принимающее общество как условие натурализации в западноевропейских странах // Труды Института государства и права РАН. 2012. N 5. С. 205–224.

Васильева Т.А. Миграционная политика, гражданство и статус иностранцев в странах западной демократии. М.: Институт права и публичной политики, 2010. 324 с.

Соколова В.М. Знание языка как ресурс интеграции мигрантов. Опыт Испании // Вестник Института социологии. 2016. N 18. С. 195–213.

²⁸ Так, языковые требования при приеме в гражданство были введены в 2002 г. в Дании, в 2003 г. в Нидерландах, в 2004 г. в Великобритании, в 2006 г. в Австрии, в 2007 г. в Германии, а проверка базовых знаний о принимающем государстве и обществе у кандидатов на натурализацию была введена в 2005 г. в Великобритании, в 2006 г. в Австрии, в 2007 г. в Дании, в 2008 г. в Германии. См.: [Васильева Т.А., 2012: 211, 215].

- Черниченко С.В. Международно-правовые вопросы гражданства. М.: Международные отношения, 1968. 160 с.
- Álvarez Rodríguez A. Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial. Pamplona: Aranzadi, 2008. 304 p.
- Bauböck R., Ersbøll E., Groenendijk K., Waldrauch H. (eds.) Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European Countries. Vol. 1: Comparative Analyses. Amsterdam: University Press, 2006. 540 p.
- Bercovitz Rodríguez-Cano R. (coord.) Comentarios al Código Civil. Pamplona: Aranzadi, 2009. 2260 p.
- Blanco-Morales Limones P., Caballud Hernando A^ª. Inmigración y Registro Civil. Boletín del Ministerio de Justicia, 2008, no 2059, pp. 1271–1299.
- Carrascosa González J. Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española. Anales de Derecho, 2002, no 20, pp. 7–34.
- Domínguez Luelmo A. (dir.) Comentarios al Código Civil. Valladolid.: Lex Nova, 2010. 2300 p.
- Fernández Rozas J. Derecho español a la nacionalidad. Madrid: Tecnos, 1997. 308 p.
- García Rubio M. Consolidación de la nacionalidad española. Anuario de derecho civil, no 3, 1992, pp. 929–1009.
- Huddleston T. et al. Migrant Integration Policy Index. Brussels: British Council and Migration Policy Group, 2011. 213 p.
- Peré Raluy J. Derecho de nacionalidad. Barcelona: Bosch, 1955. 312 p.
-

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 3

Naturalization in Spain in Light of Immigration Processes



Maria Veniaminova

Junior Researcher, Constitutional Law and Constitutional Justice Department, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow 119019, Russian Federation. E-mail: maria.veniaminova@gmail.com



Abstract

Every nation when conferring citizenship seeks to select the most loyal, law-abiding and adjusted to life in the new state migrants. Due to this, involving the interested persons in the new community and serves as a number of requirements the performance of which show this, lawmakers set the interested persons are involved in the new community and serves as a basis for providing the citizenship of the country of residence. The article examines the procedure for naturalization by residence with requirements to acquire Spanish nationality and the requirements for the applicants for Spanish citizenship. The author highlights the requirements to be performed to obtain the notice on the decision of state authorities and after obtaining the affirmative decision. Prior to the 2015 reform, it was required to submit the documents in printed form, the compliance of the candidates for naturalization under law, the integration law was applied upon the interview with judge in charge of the Civil Registry, who decided whether the applicant meets the naturalization requirements or not. Currently, to confirm integration into the host society, candidates

for naturalization in Spain are to pass two exams to obtain the Diploma of Spanish as a Foreign Language (DELE) and the Certificate of knowledge of the Spanish constitution and the Spanish social and cultural reality (CCSE). Recently, the EU countries draw more attention to the state language proficiency and the competence on the knowledge about the receiving state and community. Spain introduced the formal requirements later than other EU states. The author concludes that with the introduction of appropriate examinations, the evaluation of the social and cultural integration of applicants for naturalization has become more objective.



Keywords

human rights; nationality; Spain; naturalization; immigration; residency requirement; language requirements; renunciation of prior nationality; public order; national interest.

For citation: Veniaminova M.V. (2020) Naturalization in Spain in Light of Immigration Processes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 235–252 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.3.235.252



References

Álvarez Rodríguez A. (2008) *Spanish nationality: current regulations (in force) and jurisprudential interpretation*. Pamplona: Aranzadi, 304 p. (in Spanish)

Andreeva G.N. (2009) *Constitutional law of foreign states*. Moscow: Norma, 512 p. (in Russian)

Bauböck R., Ersbøll E., Groenendijk K., Waldrauch H. (eds.) (2006) *Acquisition and Loss of Nationality. Policies and Trends in 15 European Countries. Vol. 1: Comparative Analyses*. Amsterdam: University Press, 540 p.

Blanco-Morales Limones P., Caballud Hernando A.^a (2008) Immigration and Civil Registry. *Boletín de Ministerio de Justicia*, pp. 1271–1299 (in Spanish).

Bercovitz Rodríguez-Cano R. (ed.) (2009) *Comments to the Civil Code*. Pamplona: Aranzadi, 2260 p. (in Spanish)

Carrascosa González J. (2002) Marriages of convenience and Spanish nationality. *Anales de Derecho*, no 20, pp. 7–34 (in Spanish)

Chernichenko S.V. (1968) *Citizenship in International Law*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 168 p. (in Russian)

Domínguez Luelmo A. (ed.) (2010) *Comments to the Civil Code*. Valladolid: Lex Nova, 2300 p. (in Spanish)

Fernández Rozas J. (1987) *Spanish Law on Nationality*. Madrid: Tecnos, 308 p. (in Spanish)

García Rubio M. (1992) *Consolidation of Spanish nation*. *Anuario de derecho civil*, no 3, pp. 929–1009 (in Spanish)

Huddleston T. et al. (2011) *Migrant Integration Policy Index*. Brussels: British Council and Migration Policy Group, 213 p.

Peré Raluy J. (1955) *Nationality law*. Barcelona: Bosch, 312 p. (in Spanish)

Sokolova V. (2016) Knowing a language as a resource for migrants' integration. Spanish experience. *Vestnik Instituta sotziologii*, issue 18, pp. 195–213 (in Russian) DOI: <https://doi.org/DOI: 10.19181/vis.2016.18.3.422>

Vasilieva T.A. (2012) Integration of migrants into host society as a condition of naturalization in Western European countries. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN*, issue 5, pp. 205–224 (in Russian)

Vasilieva T.A. (2010) *Migration Policy, Citizenship and the Status of Foreigners in Western Democracies*. Moscow: Institut prava i publichnoy politiki, 324 p. (in Russian)

Veniaminova M.W. (2018) Recent changes in naturalization procedure in Spain in the light of the 2015 reform. *Konstitutsionnoye i munitsipalnoye pravo*, no 3, pp. 62–64 (in Russian)

У истоков общеевропейских стандартов правосудия

Рецензия на книгу: Ulrike Müßig. Reason and fairness: constituting justice in Europe, from medieval canon law to ECHR. Leiden: Brill, 2019. 629 p.



Д.Ю. Полдников

Профессор, департамент теории права и межатраслевых юридических дисциплин, факультет права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: dpoldnikov@hse.ru



Ключевые слова

Ключевые слова: суд, судебная реформа, правосудие, принципы, судья, справедливость.

Для цитирования: Полдников Д.Ю. У истоков европейских судебных стандартов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 253–259.

Очередная судебная реформа 2019 г. в России показывает, что современные нуждаются в суде «скором, правом, милостивом и равном для всех» ничуть не меньше, чем наши предки в период великих реформ Александра II. Как и в 1860-е гг., одним из ресурсов модернизации суда является европейский опыт. Сегодня под таким опытом все чаще подразумевают наднациональные стандарты правосудия, выраженные в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Конвенция, ЕКПЧ). Обращение к богатой практике ее применения Европейским судом по правам человека (далее — Суд, ЕСПЧ) для повышения качества российского правосудия представляется обоснованным и очевидным. Гораздо реже правоведы ставят вопрос о важности исторических истоков стандартов справедливого судебного разбирательства в Европе.

Восполнить указанный пробел призвана рецензируемая монография Ульрики Мюссиг, профессора университета Пассау (Германия), признанного специалиста в области сравнительной истории конституционного права и судебной власти¹. Книга является третьим, дополненным англоязычным

¹ Биографию автора см.: <http://ulrike-muessig.de/lebenslauf/> (дата обращения: 03.02.2020)

изданием, основанным на докторской диссертации, в двух немецкоязычных версиях (*Recht und Justizhoheit*, Duncker & Humblot, 2003 и 2009 гг.). Она вышла 27-м томом в серии «Библиотека истории права» голландского издательства «Брилль» (редакторы серии — Р. ван Рее, Д. Хейрбаут, М. Миров), а, значит, развивает молодое, но динамичное направление сравнительной истории европейского права.

Сравнительный функциональный подход и широта охвата обусловили оригинальность и новизну рецензируемого исследования. Главная его цель — реконструировать становление и закрепление процессуальных гарантий функциональной независимости ординарных судей от внешнего и внутреннего вмешательства (которые чаще всего связывают лишь с контекстом либерально-буржуазного конституционализма XIX столетия), а также продемонстрировать влияние традиции на действующее конституционное право стран ЕС и интерпретацию ст. 6 ЕКПЧ (pp. 7, 307). В этом и заключается главное отличие книги от обширной литературы по истории судебных учреждений и процессуального права (pp. 12–19).

Автор ограничивает предмет исследования только «оригинальными» (новаторскими) моделями закрепления процессуальных гарантий судопроизводства в истории Франции, Англии и Германии. Именно гарантии рассмотрения дела компетентным и независимым ординарным судьей (лат. *judex ordinarius*) позволяет автору не только выделить из насыщенного и обширного событийного ряда модели развития, но и задать четкий критерий функционального сравнения (лат. *tertium comparationis*) разных «по букве» правопорядков Старого Света.

Исследование опирается на внушительную нормативную и эмпирическую базу: архивные материалы из крупнейших библиотек исследуемых юрисдикций (наиболее обширно представлены английские и немецкие собрания), нормативно-правовые акты, юридические трактаты (в том числе неопубликованные) ученых Средневековья и Нового времени и юридическую периодику с середины XIX в. по 2014 г., а также обширный перечень научной литературы до 2018 г. на языках изучаемых юрисдикций (и изредка на итальянском и испанском). Трехчастная структура монографии отражает основную идею автора: историческая основа трех оригинальных моделей (часть 1) определила современное состояние гарантий независимого правосудия на национальном уровне (часть 2) и в интерпретации ст. 6 ЕКПЧ (часть 3).

Ядро исследования и наиболее ценную часть, несомненно, составляет историко-правовое исследование процессуальных гарантий независимого правосудия в средневековом римско-каноническом, французском, английском и немецком праве раннего Нового времени. Определяющим фактором в данном процессе автор считает политические конфликты из-за контроля над правосудием.

Для канонического права (глава 1) определяющим стала борьба императора Священной Римской Империи и Папы Римского за инвестиру и юрисдикцию, знакомые отечественному читателю по монографии Г. Бермана «Западная традиция права» (1983). На фоне указанного конфликта с XIII в. сложилась стройная юрисдикция Римской католической церкви, в источниках права которой (Декрет Грациана (ок. 1140 г.), сборник декретальных писем папы Григория IX (*Liber Extra*, сокр. X 1234 г.)) впервые в истории Европы нашло отражение понимание правосудия как соблюдения установленной процедуры (*ex ordine*; письмо Григория I в Декрете С.2. q.1 c.7) и соответствия содержательной справедливости (*ex animo*, по внутреннему убеждению), а также правило подведомственности церковным судам споров с участием клириков (X. 2.1.4) и запрет выносить решение судьям, некомпетентным в каноническом праве (X. 1.4.3). Именно церковная юрисдикция послужила образцом для оформления юрисдикции суверенных монархов Западной Европы, прежде всего Франции.

Гарантии правосудия в истории Франции (глава 2) складывались на фоне конфликта ординарных «естественных» судей (*judges naturels*) и чрезвычайных комиссаров (*commissaires, juges extraordinaires*), которых короли назначали уже с XIII в. сначала для вытеснения феодальной юрисдикции, а затем для расправы с неудобными (включая тамплиеров, юриста Мариньи, министра финансов Монтегю, купца Жака Кёра). Назначение комиссаров *ad hoc* королевским письмом со ссылкой на монарший суверенитет порождало конфликт с компетенцией ординарных судей и неоднократно подвергалось критике со стороны парламентов (ординарных судов) королевства и правоведов (в частности, Жана Бодена) как несовместимых с управлением по праву. Чрезвычайные органы правосудия впервые были запрещены революционным законом 16–24 августа 1790 г., а конституционное право на рассмотрение дела ординарным судьей неоднократно подтверждалось всеми последующими конституционными актами (включая дарованную Хартию Бурбонов 1814 г.) вплоть до Конституции 1848 г., и с тех пор не требует прямого закрепления в конституционных документах (включая акты Пятой республики).

Становление независимого английского правосудия (глава 3) изложено через призму ранней централизации судов *common law* в Вестминстере с конца XII в. и острого конфликта, последовавшего в начале XVII в. Из-за несоблюдения королем общего права. В ряде громких судебных решений накануне Английской гражданской войны (революции) Э. Кок и другие судьи отказались признавать за королем привилегию осуществлять правосудие и обосновали концепцию «неизменного общего права страны», основанного на «искусственном разуме» судейского сообщества и раскрытого в его решениях. В ходе Славной революции 1688 г. утвердилась концепция верховенства Парламента, в том числе как высшего суда, чьи вердикты не подлежат

королевскому вето (в отличие от биллей) и являются последним словом в толковании фундаментальных законов королевства. Правосудие, согласно Биллю о правах 1689 г., полномочны отправлять только ординарные суды, основанные на общем праве или статутах королевства. Личную независимость (несменяемость) судей закрепил Акт об устроении 1701 г.

Для развития правосудия в немецких землях (глава 4) определяющим стала юридизация конфессиональных споров и конфликты имперской и территориальных юрисдикций в XVI–XVII вв. Решающую роль в поиске необходимых аргументов сыграли профессора юридических факультетов. Они же заложили интеллектуальную (доктринальную) базу правосудия. Просвещение внесло в немецкое (прежде всего прусское) судоустройство представление о превосходстве рациональной нормативной цели правосудия над разумом монарха, из чего проистекает (само)обязанность монарха отказаться от «кабинетного правосудия» и не лишать подданных права на рассмотрение их дела ординарным судьей. В период буржуазных революций XIX в. (во многом под влиянием философии Канта) названное право признали неотчуждаемым, естественным и требующим конституционной гарантии, что и было впервые реализовано в проекте Франкфуртской конституции 1849 г., затем — в ст. 105 Веймарской конституции 1919 г. и, наконец, в ч. 1 ст. 101 Основного закона ФРГ 1949 г. В том же акте впервые была закреплена гарантия самостоятельности суда во внутренней сфере, как реакция на злоупотребления режима национал-социализма.

Во второй части монографии автор выявляет общее ядро и истоки процессуальных гарантий судебской независимости в конституционных актах стран Западной и Восточной Европы. В главе 5 последовательно проанализированы «старые» (проникнутые либеральной идеологией), послевоенные (принятые как реакция на авторитарные режимы и распад колониальных империй) и постсоциалистические конституции (новых стран-членов ЕС). Несмотря на многообразие «буквы», «дух» изученных норм сводится к принципу отправления правосудия только ординарными судьями на основе права. Автор прослеживает связь конституционных положений с английской практикой рассмотрения дел о habeas corpus, а также с романской концепцией ординарного, или «естественного» судьи. Послевоенную немецкую модель ФРГ автор номинально исключает из сравнения, ссылаясь на ее уникальность (р. 307), но фактически не раз обращается к ней. При этом закрепленные гарантии разделены на две группы.

Внешними (в главе 6) автор именует гарантии против вмешательства исполнительной и законодательной властей, восходящие к английской концепции верховенства права, французской (неписаной) и немецкой (ч. 1 ст. 101 Основного закона ФРГ) гарантиям независимости правосудия и учреждения судов только на основании закона (статута). При этом британская

модель связывает независимость судей от органов исполнительной власти с концепцией общего права как консенсуса судей, а французская и немецкая — с законодательно закрепленной сферой их компетенции.

Защита внутренней сферы суда (глава 7) предполагает организацию судов согласно законодательству о судоустройстве, запрет произвольного (*ad hoc*) или неопределенного назначения и смещения судей с должности, перераспределения *a posteriori* уже принятых к рассмотрению дел. Рассмотрев соответствующие правила в высших судах Великобритании и Франции (по Кодексу о судоустройстве), автор констатирует, что французская модель предусматривает четкие правила относительно судебных составов и распределения дел, тогда как в судах Англии и Уэльса «системное доверие» к судьям исключает такие четкие правила и позволяет каждому ординарному судье выносить решение от имени всего суда (р. 396).

В третьей части монографии автор демонстрирует релевантность общей европейской традиции для толкования и применения ст. 6 ЕКПЧ. В создаваемом Судом автономном толковании Конвенции автор усматривает сходство понимания гарантий внешней и внутренней сфер правосудия (глава 8) с аналогичными положениями национальных конституций стран ЕС (часть 2), что может объясняться только истоками представлений о независимом правосудии (часть 1 монографии). При этом исследователь считает исторически ориентированное единообразное понимание стандартов справедливого судебного разбирательства возможным, желательным и обоснованным, но признает, что на момент выхода книги единообразное понимание сложилось лишь в отношении понятия «суд, учрежденный законом», но не критериев компетентного суда или гарантий его внутренней самостоятельности (р. 499). Именно отсутствием авторитетной и убедительной интерпретации общей европейской традиции (= истории) правосудия и судоустройства она объясняет решение Европейского суда справедливости от 18 декабря 2014 г. против присоединения ЕС как единого целого к ЕКПЧ (р. 473).

Последовательный сравнительный подход и обращение к обширной эмпирической базе позволяют рекомендовать рецензируемую монографию к обязательному прочтению любому, кто интересуется историей правосудия и судоустройства в Старом Свете. И все же несмотря на ее высокий научный уровень, позволим себе высказать ряд замечаний. В первой части работы единственным заметным пробелом, пожалуй, является правосудие итальянских городов-коммун (а также сопутствующая историография), где опыт канонического судопроизводства переняли раньше и успешнее, чем где-либо в Европе. Недостаточно мотивирован в главе об истории немецкого правосудия акцент на прусской юстиции, коль скоро автор рассматривает конфликт территориальных юрисдикций с имперской в принципе. Не бесспорно и решение включить в ту же главу анализ гарантий независимого правосудия

в XIX–XX вв., тогда как главы первой части по английской и французской юрисдикциям ограничены концом XVIII в., а их современному состоянию посвящена вторая часть.

Больше вопросов вызывают части книги о влиянии истории на современность. Несомненно, в третьем издании автор значительно дополнила их и тем самым устранила замечания к первой редакции книги, где почти две трети объема составляла историческая часть. Тем не менее даже в доработанной редакции не хватает диалога с современной теорией и компаративистикой судебной власти².

Рецензент из Восточной Европы не может не отметить взгляд на европейскую правовую традицию с позиции «ядра Европы», центром которой видятся Германия, Франция и (с оговорками) Англия. Такой подход неоднократно критиковали ученые-юристы из стран Северной и Восточной Европы со ссылками на специфику их истории и правопонимания. «Другая» Европа представлена в книге схематичным обзором постсоциалистических конституций, декларирующих судебскую независимость, конечно, в смысле общих европейских стандартов, но без учета судебного формализма, стремления обосновать свои правовые ценности и стандарты.

В третьей части монографии автор сама признает, что общее понимание судебской независимости для целей ст. 6 ЕКПЧ пока относится к сфере желаемого, нежели свершившегося. Не в последнюю очередь — из-за отсутствия обстоятельных сравнительных исследований по истории права. В данной части автор выступает скорее как энтузиаст-компаративист, нежели типичный представитель цеха историков. Последним привычнее видеть и подчеркивать специфику развития правовых идей и институтов в уникальных контекстах прошлого. Первые, напротив, стремятся видеть сходное в различном с опорой на функциональный метод и презумпцию схождения правовых решений в обществах с близкими потребностями. Но насколько близки потребности обществ XII–XXI вв. в западной части Евразии? Третья часть монографии ставит перед сравнительной историей иную задачу. Исторический опыт должен служить не столько реконструкции «иных горизонтов понимания», сколько результативному поиску веских аргументов в пользу определенного общего толкования стандартов независимого правосудия. Такой подход, несомненно, имеет больше шансов заинтересовать современного отечественного и зарубежного правоведа, включая судей ЕСПЧ Г. Раймонди и А. Нусбергер, авторов благожелательного предисловия к *opus magnum* профессора Мюссиг.

² Так, в работе отсутствуют ссылки на публикации М. Каппеллетти о доступе к правосудию, М. Дамашки о сравнении систем правосудия, а также сравнительных исследований правосудия в странах ЕС под ред. Р. ван Рее и А. Узелаца.

The Sources of the European Judicial Standards



Dmitry Poldnikov

Professor, Department of Legal Theory and Interbranch Legal Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: dpoldnikov@hse.ru



Abstract

Review of a book by Müßig U. Reason and fairness: constituting justice in Europe, from medieval canon law to ECHR. Leiden: Brill, 2019. 629 p.



Keywords

court, court reform, justice, principles, judge, equity.

Citation: Poldnikov D. Yu. (2020) The Sources of the European Judicial Standards. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 253–259 (in Russian)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ – 2021»
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»
подписной ИНДЕКС – 47097

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.:
+7 (495) 772-95-90 доб. 15298

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 14.09.2020. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,5. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»
(Типография «Наука»)
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6