

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)
А.Н. Козырин (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

2/2020



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Л.А. Новоселова, О.С. Гринь

Формирование стратегий развития интеллектуальной собственности в целях преодоления административных барьеров 4

Л.В. Терентьева

Арбитражные оговорки в соглашениях с участием потребителя ... 28

Н.И. Марышева, А.И. Щукин

Иностранное судебное решение как объект признания и приведения в исполнение в России 45

И.А. Емелькина

Право прохода (проезда) к общественной дороге как ограничение права собственности в интересах соседа в российском и зарубежном праве 84

Д.В. Лоренц

Наследственный договор: подход континентального права 105

И.А. Клепицкий

Начало бизнеса: риск наказания 130

И.А. Филипова

Трудовое право: вызовы информационного общества 162

Д.Б. Горохов, С.В. Иванова

Легализация «вольерной охоты» — очередной проблемный результат отечественного правотворчества 183

И.В. Панова

Административная юстиция 211

Право в современном мире

М.В. Мажорина

Киберпространство и методология международного частного права 230

Рецензии

М.В. Антонов

Искусство судить 254

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)
A.N. Kozyrin (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. Yerpylyova (HSE, Russian Federation)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitsky 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

L.A. Novoselova, O.S. Grin

Forming Strategies of Intellectual Property Development
to Overcome Administrative Barriers 4

L.V. Terenteva

Arbitration Clauses in Agreements Involving Consumers 28

N.I. Marysheva, A.I. Schukin

Foreign Judgment as Object of Recognition and Enforcement
in the Russian Federation 45

I.A. Emelkina

The Right of Access to Public Road as a Restriction of Property
in the Neighbor Interest in Russian and Foreign Law 84

D.V. Lorents

The Hereditary Contract: Roman and German Approaches 105

I.A. Klepitskij

Starting a Business: Risk of Penalties 130

I.A. Filipova

Labour Law: Challenges of Digital Society 162

D.B. Gorokhov, S.V. Ivanova

Legalization of Aviary Hunting as Another Controversial Result
of Domestic Law-Making 183

I.V. Panova

The Administrative Justice 211

Law in the Modern World

M.V. Mazhorina

Cyberplace and Methodology of International Private Law 230

Book Review

M.V. Antonov

The Art to be a Judge 254

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

Формирование стратегий развития интеллектуальной собственности в целях преодоления административных барьеров



Л.А. Новоселова

профессор кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина, доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: lab.kip@msal.ru



О.С. Гринь

доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е.Кутафина, кандидат юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: osgrin@msal.ru



Аннотация

Рассматриваются проблемы, связанные с созданием и использованием в России таких инструментов стратегического планирования в сфере интеллектуальной собственности, как национальные стратегии (программы). В исследовании применены различные методы эмпирического и теоретического познания, включая методы системного анализа, формально-юридический, сравнительного правоведения, применившихся с учетом исторических условий, в которых функционирует право рассматриваемых стран. Одной из приоритетных задач, связанных с устранением правовых барьеров развития интеллектуальной собственности в России, является создание и реализация национальной стратегии в этой области. Основное внимание уделяется анализу опыта подготовки документов стратегического планирования на примере государств, занимающих лидирующие позиции в области развития новых технологий и инновационной экономики — КНР, США и Японии, а также государств СНГ. Помимо содержания стратегий рассматриваются организационные меры, направленные на их создание, исполнение, корректировку, контроль исполнения. Установлено, что при различающемся подходе к формированию содержания стратегий они тем не менее позволяют решать задачу создания институциональной среды для творчества и инноваций. Рассматриваются перспективы создания и реализации соответствующей стратегии в России. В ходе изучения проектов программных документов выявлено, что они не решают задачи определения единой государственной политики, а создаются ситуативно, не являются комплексными и содержат серьезные противоречия. В качестве административных препятствий созданию национальной стратегии развития интеллектуальной собственности указывается ведомственный подход, отсутствие общественного обсуждения,

недостаточное внимание правительства к организации этой работы. Сформулированы предложения по изменению процедуры подготовки национальной стратегии, определению порядка ее принятия, расширению направлений, которые должны быть в ней отражены, а также по организации контроля над ее исполнением.



Ключевые слова

интеллектуальная собственность, интеллектуальные права, национальные стратегии, стратегическое планирование, административные барьеры, коммерциализация интеллектуальной собственности, защита интеллектуальной собственности.

Благодарности: статья подготовлена в ходе работы № 29. 12476. 2018/ 12.1 в рамках выполнения государственного задания Минобрнауки России.

Для цитирования: Новоселова Л.А., Гринь О.С. Формирование стратегий развития интеллектуальной собственности в целях преодоления административных барьеров // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 4–27.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.4.27

Введение

Одним из условий становления современной экономики, основанной на развитой системе оборота интеллектуальных прав, является преодоление административных барьеров, которые можно понимать как в узком (избыточные публичные услуги, избыточные административные процедуры), так и в широком смысле (включая пробелы в праве и правовую неопределенность). Преодоление таких барьеров во многом определяется стратегическим планированием на различных уровнях, в том числе на национальном. Значение стратегического планирования для развития законодательства отмечается в научной литературе [Карташов В.Н., 2016: 42–45]; [Грибанов Д.В., 2011: 2–6]; [Никчемная Е.А., 2010: 40]. С учетом специфики метода правового регулирования наибольший регулятивный эффект таких документов проявляется при применении норм публичного права [Коврякова Е.В., 2017: 50–61]; [Пролетенкова С.Е., Быков Б.А., 2019: 36–39]; [Маланыч И.Н., 2007: 8–12]. В условиях конвергенции правовых норм такого рода акты существенно влияют на экономические отношения. Так, Ю.А. Тихомиров отмечает значение стратегического планирования для развития предпринимательской деятельности [Тихомиров Ю.А., 2015: 56–64]. В отдельных исследованиях сделан акцент на содержательную составляющую государственно-правовых стратегий исходя из подходов, разработанных в военных науках [Стрельников К.А., 2009: 3–4].

Особое значение приобретают стратегии развития в сфере интеллектуальной собственности (ИС), которая справедливо расценивается как область роста, обеспечивающая не только развитие инновационной экономики, но и повышение уровня образования, науки, медицины и других важнейших сфер жизни общества.

Разработка национальных стратегий развития в области ИС поддерживается Всемирной организацией интеллектуальной собственности (далее — ВОИС); они увеличивают возможности производить ценные с экономической точки зрения продукты. Такие стратегии имеют межотраслевой характер: увязываются с различными направлениями политики, что позволяет обеспечить координацию данной проблематики с другими видами деятельности¹. Стратегическое развитие интеллектуальной собственности играет большую роль в разработке политики различных государств в области инноваций².

1. Национальные стратегии ИС: рекомендации ВОИС и опыт зарубежных стран

Государственная (национальная) стратегия в области интеллектуальной собственности определяется ВОИС как комплекс разработанных и реализуемых государством мер межотраслевого характера, стимулирующих и поддерживающих создание, развитие, использование и охрану объектов интеллектуальных прав на национальном уровне.

В 2016 году ВОИС разработала Методологию разработок таких стратегий в трех частях: процесс³, базовый вопросник⁴, сравнительные показатели⁵. В данном документе отмечается, что национальная стратегия ИС должна охватывать 5 областей⁶: 1) создание ИС; 2) ее коммерциализация; 3) правовое регулирование интеллектуальной собственности; 4) государственное управление в сфере ИС; 5) защита ИС. По пути разработки и принятия таких стратегий пош-

¹ Available at: URL: <https://www.wipo.int/ipstrategies/ru/> (дата обращения: 24.01.2020)

² The Intersection of IP Rights and Innovation Policy-Making. A Literature Review. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_report_ip_inn.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

³ Methodology for the Development of National Intellectual Property Strategies. Tool 1: The Process // World Intellectual Property Organization Toolkit, 2016. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_958_1.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

⁴ Ibid. Tool 2: Baseline Survey Questionnaire. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_958_2.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

⁵ Ibid. Tool 3: Benchmarking Indicators. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_958_3.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

⁶ Ibid. Tool 1: The Process. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_958_1.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

ли многие зарубежные страны с различным уровнем развития, что позволяет на основе их опыта рассмотреть как перспективы принятия такого документа в России, так и задачи, которые могут быть в нем определены. Большое значение имеет изучение порядка подготовки и реализации таких стратегий.

Как известно, в сравнительном правоведении выделяют ряд правовых семей, которые отличаются по системным признакам и характеристикам, позволяющим сделать вывод о возможности объединения нескольких национальных правопорядков в большую общность [Цвайгерт К., Кетц Х., 2000: 99–117]. Вместе с тем современное состояние отношений в сфере ИС показывает, что к единым инструментам стратегического планирования прибегают страны различных правовых семей. Прежде всего необходимо рассмотреть опыт стран, наиболее успешно реализовавших механизмы долгосрочного и перспективного планирования, охватывающие различные сферы общественной жизни.

Одним из контрольных показателей инновационной и деловой активности является количество заявок на правовую охрану результатов интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации. По данным ВОИС в 2018 году в мире было подано 3,32 млн. патентных заявок, больше всего из них в ведомство интеллектуальной собственности в КНР — 1,54 млн. В России в это период было подано около 38 тыс. заявок. В этот же период в мире было подано 10,9 млн. заявок на товарные знаки с охватом 14,3 млн. классов, из них наибольшая активность в подаче заявок зафиксирована в КНР с охватом в 7,4 млн. классов. По промышленным образцам в КНР было подано 708,8 тыс. заявок, или 54% общего числа образцов, поданных на регистрацию во всем мире⁷.

США в 2018 году занимали второе после КНР место по количеству заявок на патенты и товарные знаки и четвертое — по заявкам на промышленные образцы. Количество заявок на патенты составило 597 тыс., что составляло 17,9% всех поданных в мире; по товарным знакам 640 тыс., или 4,5% всех поданных⁸.

По данным ВОИС в 2018 году Япония занимала третье место по количеству патентных заявок (313,5 тыс.), а также по количеству заявок на товарные знаки (512 тыс.)⁹. Страна занимает первое место в мире по инновационным мощностям и второе — по научному и инженерному потенциалу [Махортова В.К., 2014: 50–53].

⁷ В 2018 году число заявок на регистрацию патентов, товарных знаков и промышленных образцов достигло рекордных уровней. Available at: https://www.wipo.int/pressroom/ru/articles/2019/article_0012.html (дата обращения: 24.01.2020)

⁸ WIPO IP Statistics Data Center. Last Update: October 2019. Available at: <https://www3.wipo.int/ipstats/editKeyForm.htm> (дата обращения: 24.01.2020)

⁹ Ibid. Available at: <https://www3.wipo.int/ipstats/editKeyForm.htm> (дата обращения: 24.01.2020)

Статистические показатели демонстрируют, что опыт КНР, США и Японии как инновационных лидеров требует наиболее внимательного изучения.

Ряд государств СНГ также принял национальные стратегии в сфере интеллектуальных прав. Соглашение о сотрудничестве в области правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности и создании Межгосударственного совета по вопросам правовой охраны и защиты ИС от 19.11.2010 (с изм. 2017 года)¹⁰ и Соглашение о формировании и развитии рынка интеллектуальной собственности СНГ¹¹ в качестве совместной цели стран-участников определяет создание условий, направленных на формирование и развитие рынка интеллектуальной собственности стран СНГ. Для реализации этой цели, в частности, предполагается развивать сотрудничество в совершенствовании законодательства стран-участниц в области уровня охраны, защиты, коммерциализации и использования прав на объекты ИС. Одним из результатов такой работы стал Модельный кодекс интеллектуальной собственности 2010 г., принятие которого направлено на гармонизацию законодательства стран СНГ в сфере интеллектуальной собственности¹².

Необходимость координации усилий в рассматриваемой области определяет важность опыта и необходимость его учета при решении вопроса о принятии в России собственной стратегии и определении ее содержания.

КНР является одним из лидеров развития инновационных технологий. Ее руководство стало уделять внимание разработке стратегии развития в сфере интеллектуальной собственности с начала 2000-х годов, после вступления в ВТО. Один из руководителей страны признал, что «будущая конкуренция в мире — это конкуренция в сфере ИС» [Островский А.В., 2015: 49–56]. С 2008 года в КНР действует «Государственная стратегия развития интеллектуальной собственности», с 2014 года — «План реализации Национальной стратегии по интеллектуальной собственности (2014–2020)», в котором выделены четыре главные цели:

1) значительное улучшение системы ИС. Число лиц, владеющих правами на ИС увеличено, структура системы ИС оптимизирована, существенно увеличено число патентов, известных брендов, новых наилучших сортов растений, наилучших продуктов, защищенных авторским правом. Появились большие организации в сфере ИС, которые обладают правами на зарубежные патенты и бренды, известные всему миру;

¹⁰ Available at: URL: www.pravo.gov.ru, 10.01.2018 № 0001201801100019 (дата обращения: 24.01.2020)

¹¹ Там же. 14.01.2019. № 001201901140009.

¹² Информационный бюллетень Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ. 2010. N 47.

2) значительное увеличение эффекта от использования ИС. Увеличена способность игроков применять ИС в условиях рыночной конкуренции, значительно увеличены инвестиции и финансирование в сфере ИС и адекватно продемонстрирована рыночная стоимость прав ИС. Обеспечен значительный рост в соотношении добавленной стоимости индустрий с интенсивной развитой системой ИС к ВВП. Сектор услуг в сфере ИС быстро развивается, и услуги в данной сфере в основном покрывают спрос; при оптимизации и обновлении промышленной структуры улучшены функции этого сектора;

3) улучшение охраны ИС. Правовая система охраны ИС совершенствуется, ведущая роль судебной защиты полностью приведена в действие, улучшено действие административного законодательства и рыночного контроля. Эффективно наказываются неоднократные действия по нарушению прав, коллективному нарушению прав, недобросовестная конкуренция. Законные права и интересы владельцев прав ИС охраняются, увеличено одобрение обществом уровня охраны ИС;

4) улучшение управления ИС. Качество экспертизы достигло международного уровня и весь процесс управления ИС реализуется в русле национальных научно-технических проектов. Ключевые университеты и исследовательские институты в общем установили системы управления правами на ИС. Управление правами ИС в организациях тоже улучшено;

5) комплексное улучшение основных возможностей ИС. Разработана национальная публичная платформа услуг для основной информации об интеллектуальной собственности. Уровень развития системы ИС имеет адекватный объем, рациональную структуру и высокое качество. Развивается осведомленность в сфере ИС.

Для достижения целей в Программе выделены четыре основные группы мероприятий:

1) продвижение создания и использования ИС; поддержка и обновление промышленной информации, продвижение интенсивно развивающихся индустрий в сфере ИС, развитие современного сельского хозяйства и современного сектора услуг;

2) укрепление правовой охраны ИС для улучшения рыночной среды (раскрытие информации, касающейся укрепления административного законодательства, ужесточение административного законодательства по ИС в ключевых областях, внедрение лицензионного программного обеспечения, укрепление судебной охраны ИС и контроля за исполнением уголовного законодательства в это области, продвижение социальной превенции и альтернативных способов урегулирования споров в области ИС);

3) развитие управления ИС (улучшение экспертизы, проверки основных видов экономической деятельности и консультирования предприятий для совершенствования управления ИС);

4) расширение международного сотрудничества в сфере ИС для ускорения расширения конкурентоспособности на международных рынках (усиление работы в сфере ИС с иностранной направленностью, улучшение правил в отношении ИС в международной торговле, поддержка предприятий при выходе на международную арену).

Таким образом, в Государственной стратегии КНР отражены в той или иной степени все пять направлений, рекомендуемых ВОИС; дополнительно в качестве отдельного направления указано развитие международного сотрудничества. Продолжение и углубление работы по стратегическому планированию привело к принятию в 2016 году Основных положений Государственной стратегии инновационного развития, в которых определяются ход реализации стратегии в области интеллектуальной собственности и меры ускорения превращения в страну-лидера в этой области. В 2017 году утвержден план защиты прав ИС на 13-ю пятилетку¹³.

В США в качестве базового документа действует Стратегический план Ведомства по патентам и товарным знакам (US Patent and Trademark Office) на 2018–2022 годы. Как отмечается в литературе, стратегия США в вопросах управления ИС на государственном уровне показательна для других стран, учитывая лидирующее положение США как в вопросах инноваций, так и на рынке ИС [Леонтьева В.Б., 2015: 32–41]. В Стратегическом плане определены три основные цели, каждая из которых раскрывается через совокупность задач.

Цель I. Оптимизировать качество и своевременность патентов. Задачи: 1) оптимизация рассмотрения патентных заявок; 2) выпуск высоконадежных патентов; 3) поощрение инноваций через эффективный бизнес; 4) совершенствование деятельности Судебного и апелляционного совета по патентам.

Цель II. Оптимизация качества и своевременности товарных знаков. Задачи: 1) оптимизация рассмотрения заявок на товарные знаки; 2) регистрация товарных знаков высокого качества; 3) поощрение эффективного бизнеса; 4) совершенствование деятельности Судебного и апелляционного совета по товарным знакам.

Цель III. Обеспечить лидерство на национальном и глобальном уровнях для улучшения политики в области ИС, обеспечить защиту ИС по всему миру. Задачи: 1) обеспечить развитие политики в области национальной ИС; 2) обеспечить лидерство и развитие политики и просвещения в международной области.

¹³ Государственная стратегия Китая в области интеллектуальной собственности: реализация и перспективы. Государственное управление по делам интеллектуальной собственности. Available at: URL: <https://rupto.ru/content/uploadfiles/presentations/VEFTchzendoklad.pdf> (дата обращения: 24.01.2020)

Данный документ не имеет ранга национальной программы — он принят и действует в рамках специализированного ведомства. Поэтому Стратегический план охватывает лишь области патентования и товарных знаков, а по содержанию он прежде всего посвящен улучшению качества государственного управления в сфере правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Япония — высокоразвитая страна с огромным инновационным потенциалом, она занимает лидирующие позиции по ряду экономических показателей. Создание и защита ИС с 2001 года являются одним из приоритетных направлений развития страны. Правительство в качестве национальной идеи определило «превращение Японии в нацию, основанную на ИС (IP-based state)» — в политике первостепенное внимание уделяется развитию инноваций и инновационной активности населения.

Стратегическому планированию и разработке документов, детально регламентирующим отношения в сфере ИС, уделяется внимание на самом высоком уровне. Так, один из научно-технических советов при правительстве, принимающий участие в выработке документов, регламентирующих отношения в рассматриваемой сфере, возглавляет премьер-министр. Выработка стратегии в сфере охраны ИС поручена центру при Совете министров [Левонтьев Б.Б., Ерохина И.В., 2015: 20–31].

В 2003 году утверждена Стратегическая программа создания, охраны и использования ИС¹⁴, в 2016 — Стратегическая программа в области ИС, в которой основное внимание было уделено: внедрению в производство цифровых технологий; созданию системы ИС, отвечающей нуждам цифровой среды; организации сетей передачи знаний; выработке оптимальных решений для защиты прав в цифровую эпоху¹⁵. Стратегическая программа в сфере интеллектуальной собственности Японии, принятая в 2017 году, — объемный и детализированный документ, в котором комплексно раскрываются основные направления деятельности государственных органов в целях развития ИС. В программе выделены три основные части, определяющие цели реализации программы. Данные части содержат отдельные блоки мероприятий, направленных на достижение данных целей. Для каждого мероприятия определен ответственный государственный орган.

В качестве одной из основных целей программы называется создание системы ИС как основы Четвертой промышленной революции (Общество 5.0). Предлагаются меры по развитию системы ИС для повышения конкуренто-

¹⁴ Available at: http://japan.kantei.go.jp/policy/titeki/kettei/030708f_e.html (дата обращения: 24.01.2020)

¹⁵ Available at: URL: http://www.rupto.ru/press/news_archive/inform2016/japanpresent/japan2.pdf (дата обращения: 24.01.2020)

способности промышленности за счет использования данных и искусственного интеллекта (ИИ), которая должна включать разработку:

1) систем ИС для повышения использования данных (содействие при оформлении соглашения по использованию данных; развитие инфраструктуры распределения звуковых данных; обеспечение добросовестной конкуренции; публикация случаев, относящихся к патентной экспертизе структуры данных; обсуждение прав, предусматривающих ограничения использования; систематизация направления использования данных с точки зрения обеспечения конкуренции;

2) системы ИС для стимулирования создания и использования ИИ (создание учебных данных; стимулирование целесообразной охраны и использования обученной модели; обсуждение будущей основы продуктов ИИ в рамках системы ИС);

3) системы авторского права, лежащей в основе Четвертой промышленной революции (обсуждение ограничений прав с целью стимулирования инноваций; совершенствование системы обязательного лицензирования незащищенных работ; формирование устойчивой системы лицензирования; разработка сферы долгосрочного воспроизведения контента; продвижение объектов, защищенных авторским правом, в сфере образования).

В качестве второго направления выделено развитие инфраструктуры системы ИС, в рамках которого предполагается:

1) разработка системы разрешения споров по ИС, а именно: а) усиление функций системы разрешения споров по ИС (формирование целесообразных и соответствующих процедур сбора доказательств; поддержка соответствующих мер по оценке ущерба и стоимости ИС с учетом деловой практики и производственных потребностей); б) содействие в использовании системы разрешения споров по ИС (рассмотрение системы альтернативного разрешения споров, относящейся к патентам, признанным основополагающими; улучшение и активизация использования данной системы; активное использование международного арбитражного регламента; поддержка малых и средних предприятий (в части программ страхования затрат на судебные тяжбы); использование видеоконференций); в) опубликование информации по разрешению споров в области ИС и распространение подобной информации в зарубежных странах;

2) усиление содействия глобальной коммерческой деятельности посредством ведущей мировой патентной экспертизы: а) разработка и укрепление системы патентной экспертизы; развитие поисковой среды для известного уровня техники; улучшение доступа к информации для защиты и использования патента, имеющего отношение к изобретениям, связанным с Интернетом вещей; б) достижение самой быстрой в мире и самой качественной

патентной экспертизы; в) продвижение международного сотрудничества; 3) повышение качества административно-патентных услуг.

В число важнейших целей входит комплексное продвижение стратегий ИС и стандартизации для лидерства Японии на мировом рынке.

Признано необходимым укрепление стандартизации компаний и бизнес-секторов, а именно: а) укрепление государственно-частного сотрудничества в области; б) развитие человеческих ресурсов, способных к стандартизации через сотрудничество промышленности, научной сферы; в) стратегии стандартизации для отдельной области технологий.

Совершенствование структуры управления ИС в рамках стратегий Open & Close предполагает: а) развитие и поддержку человеческих ресурсов для управления ИС; б) упрочение защиты торговых секретов (распространение и популяризация Руководства к защите конфиденциальной информации; создание и популяризацию Руководства к охране конфиденциальной информации для университетов; усиление «единой» поддержки управления коммерческой тайной; распространение услуги хранения коммерческой информации с отметкой времени; продвижение государственно-частного сотрудничества; сотрудничество со следственными органами).

Еще одним направлением развития является содействие активизации регионов и инноваций, использующих потенциал ИС, в частности, использованию и совершенствованию ИС для поддержки активных сельскохозяйственных, лесных, рыбных и пищевых предприятий по следующим направлениям.

Важное место в программе отведено содействию в использовании интеллектуальной собственности региональными компаниями, малыми и средними предприятиями (МСП), а также межотраслевому сотрудничеству и сотрудничеству промышленных и образовательных учреждений.

Так, использование ИС, принадлежащей местным малым и средним предприятиям предполагает: а) помощь в приобретении, стандартизации и использовании прав на интеллектуальную собственность (помощь в приобретении и использовании прав на интеллектуальную собственность; поддержка МСП финансовыми учреждениями посредством использования ИС; поддержка в области человеческих ресурсов, направленная на использование ИС); б) стратегическое распространение информации, направленной на развитие использования ИС малыми и средними предприятиями; в) укрепление внутrigосударственной поддержки по использованию ИС малыми и средними предприятиями (продвижение новаторских мероприятий в области ИС на местном уровне; усиление поддержки местной интеллектуальной собственности МСП; усиление поддержки коммерциализации на основе промышленного образца и бренда; содействие стандартизации для неболь-

ших компаний с высоким рейтингом; расширение «единой» поддержки с целью управления коммерческой тайной; поддержка, касающаяся споров в области интеллектуальной собственности; формирование штата патентных поверенных, способных поддерживать стратегическое использование ИС; г) усиление поддержки, направленной на зарубежную экспансию в рамках использования ИС малыми и средними предприятиями; д) использование ИС для региональной активизации (продвижение региональных стратегий в области ИС).

В рамках программы выделено направление расширения образования в области ИС и развития кадровых ресурсов, включающего, в частности, продвижение образования в области ИС в школах и университетах; создание системы поддержки образования совместно с местными органами управления и сообществами; инфраструктуру для развития образования в области ИС и повышения осведомленности.

Обращает на себя внимание раздел, предусматривающий долгосрочные задачи по развитию и повышению качества контента; в частности, ставится задача содействовать экспансии японского контента за рубежом и укреплению промышленной инфраструктуры: создание, распространение и продвижение контента для распространения за рубежом; проникновение на рынок через устойчивое распространение транслируемого контента; обеспечение соприкосновения с японским контентом в странах с низкой реализуемостью продукции; упрощение процедуры оформления прав; расширение консультирования по вопросам зарубежной экспансии и расширение возможностей для деловых переговоров; обмен информацией о зарубежных рынках; распространение японской культуры.

Стратегия предусматривает развитие творческой среды авторов: развитие человеческих ресурсов для поддержки индустрии контента; расширение возможностей совершенствования и самовыражения молодых авторов; финансирование производства; совершенствование рабочей среды создания контента и продвижение добросовестной деловой практики; обсуждение предоставления вещательного контента в Интернете; обсуждение системных вопросов.

Предусмотрено также использование новых технологий разработки новых видов демонстрации контента и меры борьбы с контрафакцией и пиратством, в частности, сочетание распространения подлинных товаров и легального контента с данной борьбой; неуклонная борьба с нарушениями и повышение информированности социума; меры борьбы с контрафакцией и пиратством в Интернете. Выделены меры развития киноиндустрии, включающие: укрепление инфраструктуры; продвижение на зарубежные рынки; усиление поддержки съемочных локаций.

Одним из приоритетных направлений является развитие цифрового архива за счет: 1) продвижения межархивного сотрудничества и использования; 2) продвижения усилий в межотраслевой деятельности, в области книг и публикаций (в части оцифровки данных источников), культурных ценностей, медиаискусства, вещательного контента; 3) развития инфраструктуры, направленной на использование архивов.

Рассмотренный документ существенно отличается от модели, предложенной ВОИС. В нем сделан акцент на развитии ИС в условиях новой технологической реальности — определены направления взаимодействия цифровых технологий и сферы интеллектуальных прав (прежде всего применительно к технологиям искусственного интеллекта и данных). Стратегия охватывает важнейшие области ИС — значительное внимание уделено не только патентованию и развитию средств индивидуализации, но и вопросам авторского права, в том числе определению места ИС в системе человеческих ценностей. Подробно описаны меры развития ИС в различных сферах общественной и экономической жизни, значительное внимание уделено областям культуры, в том числе кинематографу. Такой подход является примером наиболее обстоятельной регламентации обширного круга отношений как в сфере интеллектуальных прав, так и во всех взаимосвязанных областях экономики, культуры и социальной сферы.

Национальные программы развития ИС приняты также в ряде государств-участников СНГ.

Беларусь приняла Стратегию в сфере интеллектуальной собственности на 2012–2020 годы (Постановление Совета Министров от 02.03.2012 N 205). В документе выделены основные направления реализации государственной политики в сфере ИС. Прежде всего уделено внимание развитию законодательства в этой сфере, инфраструктуры и функциональных направлений в сфере ИС (охраны, оценки и др.) и совершенствованию работы в области управления ИС на ведомственном (отраслевом) уровне, в учреждениях науки и образования, организациях творческой и торгово-промышленной сфер.

Помимо этого, определены направления развития комплекса финансовых, моральных и других инструментов стимулирования, направленных на расширение создания и использования объектов ИС, механизмов доступа общественности к достижениям мировой науки, литературы и искусства для обеспечения устойчивого социально-экономического развития. Важное значение придано повышению уровня значимости ИС, деятельности творческих работников (новаторов), а также субъектов хозяйствования, использующих ИС для создания новых рабочих мест и выпуска конкурентоспособной продукции и совершенствования механизмов защиты и расширение

противодействия нарушениям в сфере ИС. Заметное место в Стратегии уделено развитию национального брендинга на основе конкурентоспособных секторов экономики (направлений хозяйственной деятельности) и использования механизмов управления ИС. Отдельные меры предусмотрены по блокам: развитие законодательного регулирования; развитие инфраструктуры; развитие системы управления ИС.

Таким образом, сделан акцент на вопросах правового регулирования и государственного управления в сфере ИС.

В Таджикистане принята Национальная стратегия развития интеллектуальной собственности на 2014–2020 годы (постановление Правительства от 03.06.2014 N371). Задачи Стратегии, сходны с задачами, поставленными в Беларуси. В рамках Стратегии предусмотрено развитие институциональной структуры ИС, правовой охраны, использования и коммерциализации, а также учреждение Национального совета по контролю над реализацией задач Стратегии при Правительстве и его исполнительного органа, мониторинг законодательства, образования, пропаганды и развития инфраструктуры ИС. Стратегия охватывают сферы правового регулирования, государственного управления, коммерциализации, а также просвещения.

В Кыргызстане действует Государственная программа развития интеллектуальной собственности в на 2017–2021 годы (постановление Правительства от 06.07.2017 N 424). Целью программы является создание условий для функционирования рынка ИС к 2021 году. В программе предусмотрены меры по следующим трем основным блокам: наращивание потенциала ИС; совершенствование механизмов получения прав и защиты ИС; создание условий использования объектов ИС. Программа охватывает сферы создания ИС, правового регулирования, государственного управления (прежде всего в части совершенствования деятельности национального патентного ведомства) и защиты ИС.

Подходы к определению основных направлений развития, приоритетных задач, а также степень их детализации в документах стратегического планирования в рассмотренных правопорядках серьезно различаются, что определяется различными стартовыми позициями, экономическими и культурными отличиями. Вместе с тем базовые направления, рекомендуемые ВОИС, отражены практически во всех стратегиях, что подтверждает их важность практически для всех государств. Кроме того, в стратегиях отражается специфика отношений в сфере ИС каждого государства, в частности, степень творческой инициативности и правовой грамотности населения, географические и экономические особенности, развитость инфраструктуры ИС, система и компетенция административных органов, особенности судебной системы и судопроизводства.

Имеются различия в уровне принятия стратегических программ, однако наибольшую эффективность демонстрируют системы, в которых такого рода акты принимаются на уровне правительства и имеют силу нормативного акта. Положительный эффект также обеспечивается регулярностью обращения к документам планирования с целью их корректировки, обновления и постановки текущих задач по их выполнению (КНР, Япония).

2. Стратегия развития ИС в России: состояние, задачи и перспективы

Несмотря на очевидную потребность в стратегическом планировании и определении национальных приоритетов в развитии ИС в России в настоящее время отсутствует самостоятельный документ (стратегия, программа, концепция), создающий единую основу развития данной сферы. Вопросы ИС содержатся во многих документах стратегического планирования, например, в Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года (Указ Президента Российской Федерации от 10.10.2019 N 490); в Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы (Указ Президента от 09.05.2017 N 203), Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации (Указ Президента от 01.12.2016 N 642); Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года (Распоряжение Правительства от 08.12.2011 N 2227-р); в планах мероприятий по совершенствованию законодательства и устранению административных барьеров в целях реализации различных направлений Национальной технологической инициативы и др. Отдельные аспекты стратегического развития ИС в России включаются в стратегические документы в сфере науки и инноваций.

Множество программных документов, так или иначе затрагивающих развитие ИС, создает существенные организационные трудности, связанные с необходимостью дополнительного согласования как целей и задач, так и усилий лиц, ответственных за их выполнение.

Стремительное развитие новых технологий предполагает необходимость адекватной и быстрой реакции государства, оперативного определения направлений политики в соответствующих областях. Решение этих вопросов невозможно без развития ИС, без комплексного подхода к формированию необходимой инфраструктуры, созданию систем государственной, в том числе финансовой поддержки творчества во всех сферах, создания институтов защиты интеллектуальных прав, совершенствованию законодательства. Но при выборе направлений стратегического планирования превалирует не комплексный, а ситуативный подход. Стратегические документы разраба-

тываются по узким направлениям, часто без согласования их целей и задач с целями и задачами, формулируемыми для иных направлений развития экономики и общества в целом. Так, Стратегия в сфере искусственного интеллекта уже принята, возможно принятие таких решений в отношении иных новых технологий [Незнамов А.В., Наумов В.Б., 2018: 69–89]. Положения об интеллектуальных правах рискуют оказаться в еще большем количестве программных документов. Такой подход к определению долгосрочных целей и задач создает объективные и субъективные предпосылки противоречий в выборе приоритетов и тактических управленческих решений, в итоге тормозя процессы научно-технического развития страны.

Наличие единого инструмента стратегического планирования в сфере ИС, охватывающего все важнейшие направления развития с учетом новых и прогнозируемых технологий и потребностей, обеспечение их связи с приоритетными задачами развития общества в целом, позволило бы значительно снизить риски административных барьеров для развития инновационной экономики, в которой ИС является базовым инструментом.

Попытки разработки проектов стратегических документов, посвященных ИС, в России предпринимались неоднократно. Необходимость их принятия подчеркивается в литературе [Захаров А.В., Леонтьев Б.Б., 2012: 14–21]; [Леонтьев Б.Б., 2015: 23–40]. Принятие такого документа являлось бы концептуальной основой для дальнейшей систематизации и совершенствования законодательства об интеллектуальных правах.

В 2007 году обсуждался проект Стратегии развития интеллектуальной собственности на 2007–2012 гг., направленной на реализацию Федеральной целевой программы «Исследования и разработки по приоритетным направлениям развития научно-технологического комплекса России на 2007–2012 гг.». Соответствующие положения предлагалось включить в качестве самостоятельного раздела в данную программу [Сенников Н.Л., 2008: 13–15].

В 2011 году при подготовке проекта Стратегии инновационного развития на период до 2020 года предлагалось включить в него раздел, посвященный ИС, и в нем выделить следующие направления развития: 1) формирование и поддержание необходимых компетенций в сфере интеллектуальных прав; 2) эффективные правообладатели; 3) гражданский оборот прав на результаты интеллектуальной деятельности; 4) эффективная защита прав на результаты интеллектуальной деятельности; 5) развитие национальной системы ИС; 6) сервисы и услуги в сфере ИС; 7) нормативно-техническое и законодательное обеспечение в сфере ИС.

Предложенный вариант охватывал четыре из пяти базовых направлений, рекомендованных ВОИС (коммерциализация, правовое регулирование, государственное управление, защита), но не включал блока, посвященного

стимулированию результатов интеллектуальной деятельности. Дополнительно предполагалось охватить аспекты просвещения, создания класса эффективных правообладателей и развития инфраструктуры национальной системы ИС.

Предложенный Минэкономразвития России, Роспатентом и Минобрнауки России проект Стратегии по развитию сферы интеллектуальной собственности на период до 2022 года содержит следующие направления:

1. Мероприятия инфраструктурной направленности — формирование благоприятной среды для вовлечения прав на результаты интеллектуальной деятельности (далее — РИД) в оборот, включая вопросы создания, обеспечения правовой охраной, управления, защиты прав на РИД в целом (развитие государственных услуг в сфере ИС и системы Роспатента; развитие компетенций в сфере ИС; развитие услуг в сфере ИС; популяризация и просвещение; развитие механизмов, способствующих вовлечению в оборот ИС; региональная политика; международные договоры и кадровые вопросы).

2. Мероприятия, направленные на стимулирование сферы деятельности научных и образовательных организаций, реализующих НИОКР.

3. Мероприятия, направленные на стимулирование сферы государственного оборонного заказа и программ, предполагающих создание результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения.

4. Мероприятия, направленные на стимулирование компаний с государственным участием.

Подход проекта к стратегическому планированию отличается от стандартов ВОИС. Основные блоки и мероприятия по стратегическому развитию ИС излагаются в рамках первого раздела. Вопросы стимулирования результатов интеллектуальной деятельности отражены преимущественно в отношении особых субъектов, как правило, с государственным участием. Полностью оставлены без внимания вопросы защиты ИС от их нарушения. По направленности, характеру определенных целей и задач данный проект не может рассматриваться как полноценный инструмент стратегического планирования.

Один из наиболее обстоятельных проектов был предложен Роспатентом в 2019 г. Это — проект Национальной стратегии развития интеллектуальной собственности (письмо Роспатента от 25.01.2019 N 01/19-64/12). В нем обозначена необходимость решения следующих задач:

повышения уровня информированности общества и культуры работы с ИС; стимулирования результатов интеллектуальной деятельности (РИД) и их правовой охраны;

совершенствование процедур правовой охраны РИД и защиты прав на РИД;

содействие использованию объектов ИС, введению интеллектуальных прав в экономический и гражданско-правовой оборот;

содействие развитию цифровой экономики, включая обеспечение экономических субъектов надлежащей правовой охраной и защитой ИС в цифровой среде;

совершенствование управления в сфере ИС.

Планируемые мероприятия разбиты на сферы, с подразделением на укрупненные блоки. Так, для повышения уровня информированности общества и культуры работы с ИС предусматривается формирование массовой культуры в вопросах создания и использования интеллектуальных прав; развитие информационной инфраструктуры, поддерживающей использование ИС; подготовка кадров системой среднего и высшего образования; повышение квалификации сотрудников организаций и профессиональных посредников в сфере ИС.

Выделена задача стимулирования создания РИД и их правовой охраны, что подразумевает повышение результативности бюджетного финансирования НИОКР; развитие трансфера технологий научных и образовательных организаций; содействие капитализации организаций на основе нематериальных активов; содействие правовой охране и защите интеллектуальных прав за рубежом. Предусматривается совершенствование процедур правовой охраны РИД и защиты прав на РИД, что включает, в частности, совершенствование процедур оказания государственных услуг в сфере правовой охраны РИД и средств индивидуализации; развитие регулирования в сфере патентного права; развитие регулирования средств индивидуализации; развитие борьбы с контрафактом.

Для целей содействия использованию объектов ИС, введению интеллектуальных прав в экономический и гражданско-правовой оборот указывается на необходимость развития финансовых инструментов в сфере ИС; поддержку использования ИС малым бизнесом; содействие использованию ИС при создании и экспорте продукции военного, специального и двойного назначения. Для поддержки развития цифровой экономики предлагаются меры по обеспечению правовой охраны результатов работ по проектированию и дизайну в цифровой среде, совершенствованию правовой охраны программ ЭВМ, совершенствованию системы защиты авторских и смежных прав в Интернете и др.

В качестве самостоятельного направления выделено совершенствование государственного управления в сфере ИС (создание единого регулятора, расширение контрольно-надзорной деятельности в сфере правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, создаваемой с использованием бюджетных средств, региональная политика по развитию сферы ИС и др.).

Данный проект включает базовые сферы, предусмотренные рекомендациями ВОИС. Выделен блок, посвященный просвещению в сфере ИС, что необходимо с учетом недостаточного уровня знаний и нигилистического отношения к охране ИС среди российских граждан.

Вместе с тем проект Национальной стратегии требует серьезной доработки. В частности, при существующих стратегических документах (стратегиях развития и дорожных картах) требуется их согласование и, возможно, выделение из них соответствующих направлений в целях включения в Национальную стратегию ИС. Должны быть устранены как дублирование, так и несогласованность указанных документов; определено соотношение отчетных и контрольных показателей выполнения поставленных задач.

Слабым местом проекта является недостаточное внимание к традиционным механизмам защиты прав при упоре только на защиту в рамках цифровой среды. В отличие от многих рассмотренных выше стратегических документов других стран, проект не в полной мере охватывает вопросы совершенствования судебной системы разрешения споров, развития альтернативных способов регулирования конфликтов в области ИС.

Очевидно и смещение направленности в сторону развития промышленной собственности, хотя сфера авторских и смежных прав в современных условиях не менее важна для развития экономики. Сравнение со Стратегией Японии, с четким определением целей и задач в этом направлении, показывает, что в предложенном проекте это важнейшее направление практически не отражено. Фактически отсутствуют и четкое определение задач в области развития и защиты национальных брендов.

Предложенные направления развития инфраструктуры в основном сводятся к консолидации функций по управлению ИС в руках одного органа и не включают предложений по созданию развернутой инфраструктуры учета и управления ИС по всей стране (в том числе по регионам, крупным научным центрам и т.д.). Традиционно большое внимание в проекте уделяется ИС, создаваемой за счет средств государства, однако очевидно, что реальный рост способны обеспечить лишь массовые и масштабные частные инвестиции. Развитию систем частного финансирования, соответствующих сервисов и их правового обеспечения, поддержке малого и среднего бизнеса внимания не уделяется.

Ввиду тесной связи между сферой ИС и защитой конкуренции необходимо также определение единой стратегии и приоритетов, которые пока отсутствуют (о чем свидетельствует продолжающиеся дискуссии о расширении сферы влияния антимонопольных органов в рассматриваемой области, о введении дополнительных механизмов ограничения патентных прав, расширении принудительного лицензирования и т.д.).

Доработка проекта осложняется отсутствием единой позиции ряда ведомств в отношении как необходимости принятия такого документа, так и в отношении его структуры, наполнения и приоритетов. В частности, выявились серьезные противоречия между позициями ведомств, выступающих за повышение уровня открытости новых разработок и их активного патентования, и ведомств, поддерживающих идею о сохранении большинства разработок, создаваемых за счет государственных средств, в режиме коммерческой тайны.

Серьезных изменений требует и организация работы по подготовке национальной стратегии. При доработке проекта Национальной стратегии в ней должны быть учтены признаки, присущие стратегическому планированию в целом — целеполагание, прогнозирование, планирование и программирование в сфере ИС, которые следуют из п. 1 ст. 3 Федерального закона от 28.06.2014 N 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»¹⁶.

В настоящее время основные положения проекта Национальной стратегии аккумулируются, формируются и изменяются Роспатентом, организация и координация данной работы — Министерством науки и высшего образования и Министерством экономического развития, при том, что отсутствует разграничение их компетенции в сфере ИС. Разрабатываемые документы не опираются на исследования современного состояния ИС. Таким образом, имеющийся в России опыт разработки стратегических программных документов государственными органами можно в целом оценить как негативный.

Как свидетельствует опыт Китая, Японии и ряда других стран, уровень решения вопроса должен быть изменен; наиболее эффективным является механизм разработки указанной стратегии консультационным советом (состоящим из специалистов, не являющихся чиновниками), возглавляемым непосредственно премьер-министром. На данный совет должна быть возложена координация работы аналогичных совещательных органов, подготавливающих предложения по основным направлениям развития. Формированию стратегии должна предшествовать стадия разработки концепции, в которой содержатся варианты развития и оценка их эффективности. После согласования концептуальных подходов возможно формирование стратегии.

В руководстве ВОИС по подготовке национальных стратегий отмечается: чтобы стратегия ИС содействовала повышению благосостояния страны, необходим вклад широкого круга заинтересованных лиц. Стратегия может разрабатываться только в структурированном и целенаправленном виде, что делает необходимым создание небольшой рабочей группы. Следователь-

¹⁶ СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3378.

но, программа должна обеспечить интенсивное горизонтальное сотрудничество заинтересованных сторон¹⁷. Костяк группы должен состоять из специалистов по оценке и управлению ИС и инновациям.

Организация и координация работы может быть возложена на федеральный исполнительный орган по ИС как орган, в настоящее время обладающий наиболее подготовленными специалистами в области ИС, но само принятие концепции и основанной на ней стратегии должно осуществляться нормативными актами правительства.

Принятие стратегии не является целью, это средство для достижения поставленных целей. Имеющиеся в настоящий момент документы и проекты не устанавливают механизмов, позволяющих трансформировать поставленные задачи в плановые мероприятия, а также обеспечивать объективный контроль за выполнением. В связи с этим предлагается в качестве обязательного этапа реализации стратегии предусматривать принятие планов их реализации на долгосрочную (3–5 лет) и краткосрочную (1 год) перспективу. С целью контроля за реализацией стратегии и выявлением потребности в ее корректировке следует вывести контрольные функции из компетенции министерств и ведомств–исполнителей, возложив их на надведомственный совет, подчиненный непосредственно главе правительства.

Заключение

Понимая важность подготовки национальной стратегии ИС, Совет по вопросам ИС при Совете Федерации на заседании 15.07.2019 определил: рекомендовать Правительству ускорить разработку и обеспечить принятие Национальной стратегии в области ИС.

Как показало изучение практики разработки, принятия и реализации национальных документов стратегического планирования в сфере ИС в странах–лидерах инновационного развития (Япония, КНР, США), а также странах СНГ, наличие таких инструментов позволяет более успешно решать задачи создания институциональной среды для развития творчества и инноваций, обеспечения развития, охраны и защиты ИС. В свою очередь, это обеспечивает подъем и развитие экономики, основанной на знаниях и инновациях.

Многие государства СНГ, опираясь на рекомендации ВОИС, также используют такие инструменты. Однако Россия не имеет позитивного опыта подготовки подобных программ стратегического характера. Имеющиеся стратегии, включающие в себя некоторые мероприятия, связанные с ИС,

¹⁷ Руководство по разработке стратегии в области интеллектуальной собственности в странах с переходной экономикой. Женева, 2010. С. 11–12.

не носят комплексного характера и не согласованы в этой части между собой; принятие стратегий носит ситуативный характер и является реакцией на возникновение той или иной новой технологии. Проекты стратегических документов в сфере ИС страдают существенными недостатками, пробелами, отсутствием продуманных решений по многим проблемам. Требуется изменения процедура подготовки таких документов; основная работа по их подготовке должна быть передана совету, состоящему из специалистов в области ИС, а не государственным чиновникам; в рамках стратегий должны быть предусмотрены механизмы текущего планирования и созданы системы внешнего контроля.



Библиография

Глазьев С.Ю. Стратегия опережающего развития России в условиях глобального кризиса. М.: Экономика, 2010. 255 с.

Грибанов Д.В. Стратегии и программы как специфические правовые документы в сфере инновационного развития // Российская юстиция. 2011. N 11. С. 2–6.

Захаров А.В., Леонтьев Б.Б. Концепция государственной стратегии интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2012. N 3. С. 14–21.

Карташов В.Н. Законодательная стратегия в системе стратегий национального развития // Государственная власть и местное самоуправление. 2016. N 7. С. 42–45.

Коврякова Е.В. Основы государственной национальной стратегии: конституционно-правовой аспект // Lex Russica. 2017. N 1. С. 50–61.

Леонтьев Б.Б. Государственная стратегия интеллектуальной собственности в Российской Федерации // Правовая информатика. 2015. N 2. С. 23–40.

Леонтьев Б.Б., Ерохина И.В. Стратегия интеллектуальной собственности Японии // Правовая информатика. 2015. N 1. С. 20–31.

Леонтьева В.Б. Стратегия США в сфере интеллектуальной собственности // Правовая информатика. 2015. N 1. С. 32–41.

Маланыч И.Н. Институт государственной стратегии в конституционном праве // Конституционное и муниципальное право. 2007. N 13. С. 8–12.

Махортова В.К. Государственная инновационная политика Японии // Вестник Алтайской Академии экономики и права. 2014. N 4. С. 50–53.

Нарышкин С.Е. и др. Научные концепции развития российского законодательства. М.: Юриспруденция, 2015. 544 с.

Незнамов А.В., Наумов В.Б. Стратегия регулирования робототехники и киберфизических систем // Закон. 2018. N 2. С. 69–89.

Никчемная Е.А. Понятие «стратегическое планирование» в праве // Актуальные проблемы правоповедения. 2010. N 3. С. 40–42.

Островский А.В. Стратегия интеллектуальной собственности Китая // Правовая информатика. 2015. N 1. С. 49–56.

Пролетенкова С.Е., Быков Б.А. Стратегия экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года: анализ, эффективность, перспективы // Административное право и процесс. 2019. N 8. С. 36–39.

Сенников Н.Л. О реализации Стратегии развития интеллектуальной собственности в Российской Федерации на 2007–2012 годы // Реклама и право. 2008. N 2. С. 13–15.

Степаненко Ю.В. Перспективы административно-правового регулирования научной деятельности в свете разрабатываемой Стратегии научно-технологического развития России на долгосрочный период // Административное право и процесс. 2016. N 9. С. 5–12.

Стрельников К.А. Государственно-правовая стратегия как категория современной юридической науки // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. N 8. С. 3–4.

Тихомиров Ю.А. Бизнес и государственные стратегии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. N 9. С. 56–64.

Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. Пер. с нем. М.: Международные отношения, 2000. 480 с.

Marshall A. Understanding copyright law. Berkeley: California Academic Press, 2019. 645 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Forming Strategies of Intellectual Property Development to Overcome Administrative Barriers



Ludmila Novoselova

Professor, Intellectual Property Chair, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: lab.kip@msal.ru



Oleg Grin

Associate professor, Civil Law Chair, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: osgrin@msal.ru



Abstract

The article reviews the issues related to development and implementation of national strategies (national programs) as strategic planning tools in the field of intellectual property in Russia. Various research methods were applied in the course of this study, including systems analysis, technical legal and comparative legal approaches. Drafting and implementation of a national strategic program is one of the main priorities in the process of removing legal hurdles that impede the development of intellectual property in Russia. Our focus is on analyzing international best practice in drafting strategic plans; we pay particular attention to world's leading economies in terms of technology and innovation, such as China, the United States and Japan, as well as certain CIS countries. Apart from examining the strategies per se, the arrangements related to development, implementation, amending and monitoring pertaining to such strategies are also reviewed. The study indicates that despite the approaches to strategic plans development varying widely across jurisdictions, almost all of them succeed in facilitating

innovation through institutional means. Prospects of drafting and implementation of such a strategy in Russia are also considered. The study reveals that existing drafts of strategic plans do not meet the challenge of defining a comprehensive policy, are created in an *ad hoc* manner, lack complexity and contain major contradictions. The study highlights the following administrative hurdles hindering the development of a national intellectual property strategy: departmental approach to development, lack of proper public debate, insufficient governmental focus on organizational arrangements.



Keywords

intellectual property, intellectual property rights, national strategies, strategic planning, administrative barriers, commercialization of intellectual property, intellectual property defense

Acknowledgements: The article was prepared in the course of the work № 29. 12476. 2018/ 12. 1 as part of the state mission of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation.

For citation: Novoselova L.A, Grin O.S. (2020) Forming Strategies of Intellectual Property Development to Overcome Administrative Barriers. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–27 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.4.27



References

- Glazyev S.Yu. (2010) *The strategy of accelerated development of Russia in context of the global crisis*. Moscow: Economics, 255 p. (in Russian)
- Gribanov D.V. (2011) Strategies and programs as specific legal documents in the field of innovative development. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 11, pp. 20–23 (in Russian)
- Kartashov V.N. (2016) Legislative strategy in the system of national development strategies. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoye samoupravlenie*, no 7, pp. 42–45 (in Russian)
- Kovryakova E.V. (2017) Basics of state strategy: constitutional and legal aspect. *Lex Russica*, no 1, pp. 50–61 (in Russian)
- Leontiev B.B. (2015) State Intellectual Property Strategy in the Russian Federation. *Pravovaya informatika*, no 2, pp. 23–40 (in Russian)
- Leontiev B.B., Erokhina I.V. (2015) Intellectual Property Strategy of Japan. *Pravovaya informatika*, no 1, pp. 20–31 (in Russian)
- Leontiev V.B. (2015) U.S. Intellectual Property Strategy. *Pravovaya informatika*, no 1, pp. 32–41 (in Russian)
- Malanych I.N. (2007) The institute of state strategy in constitutional law. *Konstitutsionnoe I munitsipal'noe pravo*, no 3, pp. 8–12 (in Russian)
- Makhortova V.K. (2014) State Innovation Policy of Japan. *Bulletin of the Altai Academy of Economics and Law*, no 4, pp. 50–53 (in Russian)
- Marshall A. (2019) *Understanding copyright law*. Berkeley: California Academic Press, 645 p.
- Naryshkin S.E. et al (eds.) (2015) *Concepts for the development of Russian legislation*. Moscow: Norma, 544 p. (in Russian)

Neznamov A.V., Naumov V.B. (2018) Strategy for the regulation of robotics and cyberphysical systems. *Zakon*, no 2, pp. 69–89 (in Russian)

Nikchemnaya E.A. (2010) The concept of strategic planning in law. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 3, pp. 40–42 (in Russian)

Ostrovsky A.V. (2015) Intellectual Property Strategy of China. *Pravovaya informatika*, no 1, pp. 49–56 (in Russian)

Proletenkova S.E., Bykov B.A. (2019) The economic security strategy of Russia up to 2030: analysis, efficiency, prospects. *Administrativnoe pravo i process*, no 8, pp. 36–49 (in Russian)

Sennikov N.L. (2008) On implementation of the Strategy for the Development of Intellectual Property in the Russian Federation for 2007–2012. *Reklama i pravo*, no 2, pp. 13–15 (in Russian)

Stepanenko Y.V. (2016) Prospects of administrative and legal regulation of science in the light of strategy of development for Russia. *Administrativnoye pravo i process*, no 9, pp. 5–12 (in Russian)

Strelnikov K.A. (2009) State legal strategy as a category of modern legal science. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 8, pp. 3–4 (in Russian)

Tikhomirov Y.A. (2015) Business and government strategies. *Zakony Rossii*, no 9, pp. 56–64 (in Russian)

Zakharov A.V., Leontiev B.B. (2012) The concept of the state strategy of intellectual property. *Intellectualnaya sobstvennost*, no 3, pp. 14–21 (in Russian)

Zweigert K., Kötz X. (2000) *Introduction to comparative law in the field of private law*. Vol. I. Moscow: Miezhdunarodnye otnoshenia, 480 p. (in Russian)

Арбитражные оговорки в соглашениях с участием потребителя



Л.В. Терентьева

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 125933, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: terentevamila@mail.ru



Аннотация

Императивные положения ст. 17 Закона о защите прав потребителей РФ и ст. 29 ГПК РФ предоставляют потребителю по выбору обращаться с иском в суд (по месту нахождения организации-ответчика, по месту своего жительства или по месту пребывания либо по месту заключения или исполнения договора), несмотря на наличие действительного и исполнимого соглашения об изменении территориальной подсудности, но не оговаривают вопрос, сохраняется ли у потребителя аналогичная возможность при наличии в соглашении арбитражной (третейской) оговорки. Отсутствие в российском законодательстве специальных норм, регулирующих действительность арбитражных оговорок с участием потребителя, обусловило широкий диапазон решений данного вопроса в судебной практике от допустимости инкорпорирования в потребительские соглашения арбитражной оговорки, как средства расширения возможностей разрешения споров в сфере гражданского оборота, до невозможности рассмотрения указанных споров третейскими судами в силу исключения их юрисдикции по искам, связанным с нарушением прав потребителей. В статье критически оцениваются доктринальные позиции о неприемлемости инкорпорирования арбитражной оговорки в потребительские соглашения ввиду несовместимых характерных особенностей третейского разбирательства со спецификой потребительских отношений. Допустимость заключения арбитражной оговорки исходит из позиции Конституционного Суда РФ в Определении от 4 октября 2012 г. № 1831-О относительно возможности избрания альтернативной формы защиты прав сторонами потребительского соглашения, ст. 11 ГК РФ, позволяющей избирать формы защиты гражданских прав посредством обращения в суд, арбитражный суд или третейский суд, а также предусмотренным в ст. ст. 45, 46 Конституции РФ гарантиям. В то же время при общей арбитрабельности потребительских споров в статье обосновывается необходимость установления специальных требований к действительности арбитражной оговорки с участием потребителя в виде необходимости ее заключения после возникновения спора, что с одной стороны гарантирует право потребителя на выбор форм защиты своих прав и в то же время обеспечивает защиту слабой стороны договора. В отсутствие в российском законодательстве специальных условий действительности арбитражного соглашения с участием потребителя в статье исследуется возможность его оценки на основании материально-правовых положений, предусмотренных в ст. 428 ГК РФ. При написании статьи применены частно-научные методы — формально-юридический, сравнительно-правовой, социологический

методы, а также методы формальной логики (анализ, синтез, абстрагирование, конкретизация, дедукция, индукция, аналогия).



Ключевые слова

арбитражная оговорка; информационно-коммуникационное пространство; потребители; соглашение о международной подсудности; профессиональная сторона; договор присоединения.

Для цитирования: Терентьева Л.В. Арбитражные оговорки в соглашениях с участием потребителя // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 28–44.

Благодарности: Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 — Трансформация права в условиях развития цифровых технологий) .

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.28.44

Введение

Неосведомленность потребителя о последствиях инкорпорирования юрисдикционных оговорок в контракты, заключаемые с профессиональной стороной, обусловили закрепление в законодательстве ряда стран специальной юрисдикционной защиты потребителя, которая выражается в применении ограничительных механизмов не только от установления неблагоприятной юрисдикции иностранных судов, но и третейских судов. Так, в Австрии ст. 617 Устава гражданского судопроизводства 1895 г., (с изменениями, внесенными Федеральным законом от 28.12.2018) устанавливает специальные нормы для арбитражных разбирательств по делам, в которых участвуют потребители: арбитражные соглашения могут заключаться только относительно уже возникших споров (п. 1 ст. 617 Устава Австрии); они должны содержаться в собственноручно подписанном документе и не содержать других соглашений, кроме тех, которые относятся к арбитражному разбирательству (п. 2 ст. 617 Устава Австрии); при заключении соглашения потребителю должна быть дана письменная правовая консультация о различиях между арбитражным разбирательством и судопроизводством (п. 3 ст. 617 Устава Австрии). В США корпорации зачастую включают арбитражные оговорки в потребительские контракты во избежание предъявления коллективных исков со стороны потребителей [Maggs P., 2010: 167–181]. Между тем большинство контрактов, в которые инкорпорированы подобные оговорки,

признаются судами контрактами, содержащими недобросовестные условия договора в соответствии со ст. ст. 1-304 и 2-302 Единообразного торгового кодекса США. Так, в деле «Брэгг против Линден Лаб» американский суд признал недействительной арбитражную оговорку, содержащуюся в лицензионном соглашении, в связи с нарушением прав потребителей.

С расширением потребительского сегмента рынка в сфере электронной торговли, арбитражные оговорки инкорпорируются не только в пользовательские соглашения с компаниями платформенного типа [Мажорина М.В., 2019: 140–159], но также в договоры приобретения потребителями различных виртуальных объектов (внутриигрового имущества, внутриигровой валюты, страниц и аккаунтов в социальных сетях, доменных имен и т.п.). Возможности заключения подобных потребительских договоров, включающих в себя арбитражные оговорки в пользу иностранных судов и арбитражей, стали дополнительным стимулом обращения к вопросам действительности и исполнимости подобных соглашений в российском праве.

1. Вопросы действительности арбитражных оговорок, инкорпорированных в потребительские соглашения

В российском законодательстве отсутствует специальное регулирование как в отношении соглашений о международной подсудности (соглашения о передаче возникшего или будущего спора компетентному суду, входящего в государственную судебную систему того или иного государства) с участием потребителя, так и арбитражных соглашений. Применительно к соглашениям о международной подсудности в ст. 404 ГПК РФ закреплен общий подход, предоставляющий сторонам возможность заключения соглашения об изменении подсудности с участием иностранных лиц.

Хотя прямого запрета изменения сторонами территориальной подсудности споров с участием потребителей в законодательстве не содержится, в силу императивного характера ч. 7 ст. 29 ГПК РФ и ст. 17 Закона РФ «О защите прав потребителей» 1992 г. (далее — ЗоЗПП РФ 1992 г.), суды не вправе возвратить исковое заявление со ссылкой на п. 2 ч.1 ст. 135 ГПК РФ даже при наличии соглашения об изменении подсудности между потребителем и профессиональной стороной, так как выбор между несколькими судами, которым подсудно дело, принадлежит истцу. Если же иск предъявляется не потребителем к предпринимателю, а предпринимателем к потребителю, то в этом случае можно зафиксировать неоднозначность подходов в российской судебной практике. В рамках первого подхода, суды руководствуются тем, что споры с участием потребителей всегда должны рассматриваться в суде по месту жительства потребителя, исходя из критерия удобства участия самого потребителя в судебном разбирательстве, и данная гарантия,

предоставляемая потребителю-гражданину законом, не может быть изменена или отменена договором. Иная судебная практика сложилась на основе Определения Конституционного Суда РФ от 17 января 2012 г. N 145-О-О, а также п. 2 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств Президиума Верховного Суда РФ 2013 г., в которых предусмотрено что, если содержащееся в кредитном договоре условие, которое определяет территориальную подсудность дел, возникающих между спорящими сторонами кредитных отношений, в установленном законом порядке не оспаривалось, то на день рассмотрения судом дела это условие продолжает действовать.

Императивные положения ст. 17 ЗоЗПП РФ и ст. 29 ГПК РФ предоставляют потребителю выбор обращаться с иском в суд (по месту нахождения организации-ответчика, по месту своего жительства или по месту пребывания либо по месту заключения или исполнения договора), несмотря на наличие действительного и исполнимого соглашения об изменении территориальной подсудности, но не оговаривают вопрос, сохраняется ли у потребителя аналогичная возможность при наличии в соглашении арбитражной (третейской) оговорки.

Следует отметить, что в отношении действительности арбитражной оговорки, инкорпорированной в потребительское соглашение, в судебной практике сложилась более либеральная позиция, нежели чем в отношении соглашения о подсудности с участием потребителя.

Так, Определение Конституционного Суда РФ от 4 октября 2012 г. № 1831-О, а также Постановление Конституционного Суда от 26 мая 2011 года № 10-П предусматривают, что поскольку ЗоЗПП РФ не содержит прямых изъятий из подсудности дел третейским судам, соответственно, право избрания альтернативной формы защиты своих прав в виде третейского суда должно быть предоставлено любым заинтересованным лицам, что само по себе должно рассматриваться не как нарушение прав потребителей, а как расширение возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота. В одном из судебных дел при анализе п. 1 ст. 11 ГК РФ и ст. 17 ЗоЗПП РФ, отмечено, что ст. 17 ЗоЗПП РФ вводит дополнительные механизмы правовой защиты в договоре, в том числе в вопросе определения подсудности гражданских дел с участием потребителей, и не содержит запрета на использование иных способов разрешения гражданско-правовых споров, в частности путем обращения потребителей в третейский суд.

В то же время имеет место и противоположный подход в отношении толкования судами п. 15 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 28 июня 2012 г. № № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей», как исключаящего юрисдикцию третейских судов по искам, связанным с нарушением прав потребителей, поскольку в

силу п. 1 ст. 11 ГК РФ, ст. 17 ЗоЗПП РФ, ст. 5 и п. 1 ст. 22 ГПК РФ указанные дела подведомственны только судам общей юрисдикции. Так, в судебных решениях было указано, что в соответствии со ст. 32 ГПК РФ стороны могут изменить только территориальную подсудность между судами общей юрисдикции, но не подведомственность рассмотрения споров, в том числе споров в соответствии с ЗоЗПП РФ. Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 2013 г. N 3364/13 было обозначено, что включение в типовой договор с гражданами-потребителями условия о рассмотрении спора в третейском суде лишает потребителя права на выбор по своему усмотрению судебной защиты нарушенных или оспариваемых прав и ущемляет установленные законом права, что образует состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ. В решениях судов общей юрисдикции был использован менее категоричный подход, выразившийся в том, что факт наличия третейской оговорки не является препятствием для обращения любой стороной за защитой своих нарушенных прав и законных интересов в суд общей юрисдикции.

В Определении Конституционного Суда РФ от 4 октября 2012 г. № 1831-О указано, что суды общей юрисдикции при разрешении вопроса о достаточности оснований для удовлетворения заявленного ответчиком возражения относительно компетенции третейских судов не должны ограничиваться установлением только формальных условий применения норм гражданского законодательства и в случае сомнений обязаны исследовать и оценить всю совокупность, имеющих значение для правильного разрешения дела, обстоятельств.

К такого рода обстоятельствам, наличие которых является основанием для отказа судом в удовлетворении требования ответчика об оставлении заявления без рассмотрения на основании ст. 222 ГПК РФ, Конституционный Суд относит недействительность третейского соглашения по форме его заключения, исполнимости, а также по содержанию. При этом к содержательным признакам третейского соглашения, которые должны быть подвергнуты проверке судом, отнесены положения, которые могут ограничить доступ потребителя к правосудию из-за установленного между сторонами распределения связанных с разрешением спора в третейском суде расходов, существенно увеличивающего его материальные затраты, а также в связи с возможным нарушением принципов законности, независимости и беспристрастности при создании и формировании конкретного третейского суда, на рассмотрение которого подлежит передаче дело.

В определении Конституционного Суда, при оценке арбитражного соглашения как по форме, так и по содержанию, необходимость оплаты третейского сбора потребителем в случае третейского разбирательства не исследуется на предмет противоречия ст. 16 ЗоЗПП РФ, в соответствии с которой условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с прави-

лами, установленными законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей, являются недействительными.

Между тем, как следует из судебной практики, суды в большей степени фокусируются не на оценке содержательных аспектов третейского соглашения в отношении порядка распределения сторонами арбитражных расходов, существенно увеличивающих материальные затраты потребителя, а на соотношении процессуальных особенностей проведения третейского разбирательства, для которого характерна оплата потребителем третейского сбора, и разбирательства в государственном суде, где потребитель освобожден от несения судебных расходов. В ряде судебных решений третейское решение было признано недействительным в связи с тем, что рассмотрение спора в третейском суде предполагает возложение на истца судебных расходов, связанных с осуществлением правосудия третейским судом, в том числе, на выплату гонорара третейским судьям, расходов, понесенных третейскими судьями в связи с участием в третейском разбирательстве, а также расходов на организованное, материальное и иное обеспечение третейского разбирательства.

Имели место и иные решения, в которых суды не принимали во внимание доводы истца-потребителя о недействительности третейского соглашения в силу которого, потребитель, будучи истцом, вынужден, в нарушение п. 1 ст. 16 ЗоЗПП РФ, нести дополнительные расходы в виде оплаты третейского сбора, исходя из того, что стороны при заключении соглашения о передаче споров на рассмотрение третейского суда реализовали тем самым свое право на свободу договора.

Несовместимость характерных особенностей третейского разбирательства со спецификой потребительских отношений, как правило, является обоснованием выводов в российской доктрине о недопустимости инкорпорирования третейской оговорки в потребительские соглашения [Абрамов И.А., 2018: 742–745]; [Коровина М.А., 2015: 39–43]. А.И. Минаков отмечал, что включение арбитражных оговорок в типовые контракты не признаются добровольными соглашениями в силу того, что для сторон полностью исключается возможность внесения в них каких-либо существенных изменений [Минаков А.И., 1985: 23]. Д. Гарифулин, исследуя условия действительности третейской оговорки в договорах долевого участия, приходит к выводу о ничтожности третейской оговорки в договорах с участием потребителя, в силу того, что условия сделки, при совершении которой был нарушен явно выраженный законодательный запрет ограничения прав потребителей.

Предметом дискуссий в доктрине явилась также и возможность рассмотрения потребительских споров в рамках международного коммерческого арбитража. А.И. Минина споры, связанные с защитой прав потребителей, признает в качестве неарбитрабельных [Минина А.И., 2013: 16]. Утвержде-

ния о недопустимости заключения третейских оговорок с участием потребителей, а также о неарбитрабельности потребительских споров представляются несколько категоричными, учитывая позицию Конституционного Суда РФ относительно возможности избрания альтернативной формы защиты прав сторонами потребительского соглашения.

В Определении Конституционного Суда от 4 октября 2012 г. № 1831-О при рассмотрении абз. 6 ст. 222 ГПК РФ во взаимосвязи с положениями п. 1 ст. 16, пп. 1 и 2 ст. 17 ЗоЗПП РФ и п. 2 ст. 1 Федерального закона «О третейских судах в РФ» (в настоящее время не действует) в числе общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров указан и международный коммерческий арбитраж. В то же время, принимая во внимание характер потребительского спора и компетенцию международного коммерческого арбитража, рассматривающего споры, возникающие из гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, можно заключить об отсутствии компетенции коммерческого арбитража не столько исходя из участия в спорном отношении особого субъекта — потребителя, сколько из характера спора, не подпадающего под сферу применения ФЗ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. (ст. 1). Арбитрабельность спора в данном случае должна определяться исходя из допустимости передачи соответствующего спора третейскому суду, а не из субъектного состава [Ануров В.Н., 2005: 46]. При этом, как отмечено А.Л. Маковским, формировать исчерпывающий перечень конкретных категорий споров, которые не могут быть отнесены к компетенции третейских судов, не является целесообразным ввиду подвижности границ допустимости третейской формы во времени [Маковский А.Л., 2011: 61–66]. О подвижности арбитрабельности потребительских споров в пространстве заключает А.В. Грибанов, принимая во внимание, что круг отношений, на которые распространяет свое действие законодательство о защите прав потребителей в каждой отдельной стране не совпадает, в связи с чем отношения с участием гражданина-непредпринимателя в конкретной сфере будут признаваться потребительскими в одной стране, и не будут признаваться таковыми в другой [Грибанов А.В., 2018: 229–238].

Позиция о неарбитрабельности потребительских споров не вполне соответствует ст. 11 ГПК РФ, позволяющей избирать формы защиты нарушенных оспоренных гражданских прав посредством обращения в суд, арбитражный суд или третейский суд в соответствии с их компетенцией, а также предусмотренным в ст. ст. 45, 46 Конституции РФ гарантиям. На этом же основании принципа автономии воли и добровольности передачи гражданско-правовых споров на рассмотрение третейского суда представляется спорным вывод о ничтожности третейского соглашения. Реализуя свое

право на третейский способ разбирательства в силу принципа равноправия сторон, в третейский суд может обратиться с иском сам потребитель. Такого рода сделки не должны являться недействительными (ничтожными) в независимости от признания их таковыми судом на основании п. 1 ст. 166 ГК РФ, поскольку определение ничтожности третейского соглашения не должно быть поставлено в зависимость от того, кто является истцом в третейском суде. Стороны обязательства в момент заключения договора как гражданско-правовой сделки не могут определяться в качестве сторон гражданского процесса и поэтому сложно согласиться с точкой зрения, что недействительным арбитражным соглашением следует признавать такое соглашение, которое с самого начала не имело юридической силы (неустранимые пороки формы соглашения; отсутствие правоспособности стороны в соглашении; отсутствие полномочий для заключения арбитражного соглашения; пороки воли) [Коломиец А.И., 2018:16].

Третейские оговорки в потребительских контрактах следует относить к оспоримым сделкам, недействительность которых признается по основаниям, установленным законом, в силу признания ее таковой судом (п. 1 ст. 168 ГК РФ). Подобный подход находится в русле общеевропейского права, в рамках которого третейские оговорки не признаются автоматически недействительными даже в том случае, когда они включены в договоры с участием физических лиц — потребителей. Недобросовестный характер такого условия может быть признан судом только после анализа совокупности обстоятельств дела, если он приходит к выводу о том, что третейская оговорка была включена в потребительский договор в целях создания существенных препятствий для реализации потребителем своего права на обращение с иском [Асосков А.В., 2014: 10–24].

В то же время при общей арбитрабельности потребительских споров в законодательстве должны быть предусмотрены специальные требования к действительности арбитражной оговорки с участием потребителя, которые с одной стороны гарантируют право потребителя на выбор форм защиты своих прав, и в то же время обеспечивают его защиту как слабой стороны договора.

2. Арбитражные оговорки в договорах присоединения

Определенные сложности возникают при заключении арбитражных оговорок с участием потребителя, инкорпорированных в договоры присоединения. Особой спецификой обладают договоры присоединения, заключаемые на различных цифровых площадках платформенного типа. При заключении договоров такого рода переговорный механизм о способах

разрешения споров исключается, в связи с чем потребители оказываются связанными с условием договора о рассмотрении спора в третейском суде в результате акцептования условий договора щелчком мыши. Неравенство переговорных возможностей может иметь место и в отношениях между физическими лицами в результате взаимодействия на цифровых площадках, организаторы которых в условиях присоединения к деятельности на данной площадке оговаривают третейский способ рассмотрения споров. Так, одним из новых сегментов долгового рынка является P2P-кредитование (кредитование «peer-to-peer» или «person-to-person», т.е. «от человека человеку»), представленное в виде интернет-площадки, на которой находят друг друга заемщики и заимодавцы, на конкурсной основе размещающие свои заявки на предоставление или получение финансирования [Бычков А., 2016: 12]; [Казаченок О.П., 2018: 147–155]. В российской судебной практике подобные оговорки, инкорпорированные в правила работы P2P-площадок, к которым присоединяются пользователи сервиса были признаны недействительными, в связи с тем, что стороны лишаются права свободно по своей воле определить компетентный суд, которому может быть передан на разрешение спор, и принуждаются безусловно принять соответствующее условие, предложенное им иным лицом. В то же время следует отметить, что спор рассматривался до 2015 г., когда специальные условия относительно действительности третейских оговорок в договорах присоединения еще действовали. Так в п. 3 ст. 5 недействующего в настоящее время ФЗ 2002 г. «О третейских судах в РФ» было закреплено условие о необходимости заключения третейского соглашения в договоре присоединения после возникновения спора. В результате реформирования третейских судов в РФ условие, содержащееся в п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах в РФ, не получило своего закрепления ни в ФЗ 2015 г. «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ», ни в ФЗ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже».

Здесь следует отметить, что ряд судов даже после принятых изменений в законодательство об арбитражном разбирательстве продолжают придерживаться позиции о нераспространении третейских оговорок на будущие споры, инкорпорированных в договоры присоединения с участием потребителя. В качестве обоснования такой позиции используется Определение Конституционного Суда РФ от 4 октября 2012 г. N 1831-О и Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 2011 года, которые в свою очередь ссылаются на ныне не действующий ФЗ от 24.07.2002 N 102-ФЗ «О третейских судах в РФ», п. 3 ст. 5 которого предусматривал, что третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путём присоединения к предложен-

ному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска и если иное не предусмотрено федеральным законом (п. 5 ст. 3).

При этом в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 2011 года допускалась конвалидация третейского соглашения в договоре присоединения в том случае, если обращение в третейский суд было инициировано потребителем, а профессиональная сторона не заявляла возражений относительно компетенции третейского суда на рассмотрение возникшего спора, что фактически являлось подтверждением заключения третейского соглашения после возникновения спора.

Следует согласиться с А.В. Кузьминой, негативно оценившей исключение из законодательства нормы о недействительности третейской оговорки, инкорпорированной в договор присоединения, что, по мнению автора, дестабилизирует правовую защищенность слабой стороны в договорном праве [Кузьмина А.В., 2015: 123–134]. В то же время дискуссионной является позиция А.В. Кузьминой в отношении неприменимости ст. 428 ГК РФ к оценке действительности третейских оговорок в договорах присоединения, которая объясняется автором процессуальной правовой природой третейского соглашения, а также противоречием правил договора присоединения как особого способа заключения гражданско-правового договора (принятие всех условий в целом, без каких-либо разногласий и переговоров) самой сути арбитражного разбирательства, основанного на началах диспозитивности и добровольности обращения [Кузьмина А.В., 2015: 123–134].

Спорность представленного обоснования усматривается в неочевидности правовой природы арбитражного соглашения, дуальный характер которой определяется сочетанием элементов договорного порядка по своему генезису и процессуально-правовых по своему юрисдикционному характеру [Ануфриева Л.П., 2006:47]. По этой же причине сложно согласиться с доводом о нераспространении правил договора присоединения, изложенных в ст. 428 ГК РФ, к арбитражному соглашению для которого подобный способ, заключения, как и для остальных условий гражданско-правового договора, также является допустимым.

В соответствии с п. 2 ст. 428 ГК РФ присоединившаяся сторона вправе требовать изменения или расторжения договора, если договор содержит явно обременительные для присоединившейся стороны условия. По мнению А.В. Кузьминой само по себе условие о передаче гражданско-правового спора на рассмотрение арбитража (третейского суда) не является обременительным условием для присоединяющейся стороны [Кузьмина А.В., 2015: 123–134].

Здесь следует отметить, что обременительными условиями договора следует признавать не само третейское соглашение в договоре присоединения,

а его возможные процессуальные последствия негативные для потребителя. К таковым в доктрине, как правило, относят: невыгодный характер третейского соглашения, затрудняющего защиту прав в связи с лишением гарантий, установленных процессуальными кодексами; труднодоступность суда; чрезмерный размер арбитражного сбора; включение в договор асимметричной (диспаритетной) оговорки о выборе места разрешения спора по усмотрению только одной стороны; предоставление права на избрание арбитра только одной стороне; ограничение круга допустимых доказательств и т.п. [Асосков А.В., 2014: 24]. Более широкий круг оснований для оспаривания третейского соглашения предложен М.Э. Морозовым, который считает необходимым при оценивании обременения в результате защиты прав в третейском суде проводить сравнение с защитой прав в суде государственном и тем объемом гарантий, которые должен предоставлять эффективный судебный процесс в обычных условиях [Морозов М.Э., 2017: 41]. Последнее условие предполагает исследование действительности арбитражного соглашения в договоре присоединения по более широкому спектру вопросов, нежели чем предусмотрено в Определении Конституционного Суда 2012 г. 1831-О в отношении проверки арбитражного соглашения по форме и содержанию, включающего наряду с прочими обстоятельствами оценку порядка распределения сторонами связанных с разрешением спора в третейском суде расходов. Можно спрогнозировать, что в силу специфики рассмотрения споров в третейском суде, в отношении третейского соглашения, инкорпорированного в договор присоединения с участием потребителя, сопоставление процессуальных последствий рассмотрения споров в государственном и третейском судах будет не в пользу последних.

Вышеизложенный подход равным образом может быть отнесен и к арбитражным соглашениям с участием потребителя, заключенным не только в форме договора присоединения. С 2015 г. правила в отношении договоров присоединения, предусмотренные ст. 428 ГК РФ распространяются также на иные договоры, в которых одна из сторон, в силу явного неравенства переговорных возможностей, поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (п. 3 ст. 428 ГК РФ). В соответствии с п. 2 ст. 428 ГК РФ указанная сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (п.2 ст. 428 ГК).

Автономия воли сторон при заключении арбитражного соглашения является генезисом арбитражного разбирательства, в связи с чем неучастие одной из сторон в процессе ее формулирования (как правило, сторона, которая присоединяется к контракту является слабой стороной в договоре присоединения в силу отсутствия переговорной стадии в договорах подобного рода) может свидетельствовать о несогласованности условий арбитражного соглашения. Кроме того, неосведомленность потребителя в правовой природе юрисдикционных оговорок в контракте, позволяет распространять положения пп. 2 и 3 ст. 428 ГК РФ на третейскую оговорку, при условии доказывания, что она будет иметь для потребителя обременительные последствия.

Вместе с тем, следует отметить и очевидные сложности при решении вопроса о признании арбитражного соглашения в качестве условия договора, носящего обременительный характер, для потребителя. Отсутствие процессуальных правил, регулирующих действительность третейских оговорок, и обращение к материально-правовым нормам, в которых заложена широкая дискреционная составляющая, не создает для слабой стороны договора, в частности потребителя, равных условий обращения в государственный суд. Как отмечено в доктрине абз. 2 п. 2 ст. 428 ГК РФ придает ретроспективный эффект изменению или расторжению договора, соответственно, правовая определенность по вопросу компетенции третейского суда может проявиться только после прохождения процедуры такого оспаривания [Морозов М.Э., 2017: 36–41]; [Пьянкова А.Ф., 2017: 57–80].

М.Э. Морозов в результате системного толкования изменения законодательства (изменения в ст. 428 ГК РФ и исчезновение из закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» запрета на включение третейского соглашения в договор присоединения) к компетентному органу, рассматривающего вопрос об оспаривании третейского соглашения, относит государственный суд. В то же время такой вопрос может быть поставлен потребителем и в третейском суде, в рамках которого решение вопроса об отсутствии своей компетенции (основанием которой может являться как недействительность арбитражного соглашения, так и отсутствие компетенции третейского суда) на основании ст. 428 ГК РФ может быть решено не в пользу потребителя в силу оценочного характера оснований в данной статье. Отсутствие процессуальных норм, регулирующих действительность третейского соглашения, инкорпорированного в потребительский договор (включая договор присоединения), осложняет ситуацию, когда требование об изменении или о расторжении договора в части третейской оговорки, содержащей обременительное условие для слабой стороны по договору, рассматривается третейским судом, который при толковании арбитражного соглашения основывается на ч. 8 ст. 7 ФЗ «Об арбитраже (третейском разби-

рательстве) в Российской Федерации» 2015 г., предусматривающей проарбитражный подход, согласно которому любые сомнения должны толковаться в пользу действительности и исполнимости арбитражного соглашения.

Хотя с 2016 г. вступили в силу изменения в ГПК РФ, допускающие возможность любой стороны третейского разбирательства обратиться в суд с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции (ст. 422.1 ГПК РФ), возможность оценки действительности арбитражной оговорки на основе норм материального характера не способствует процессуальной экономии и эффективности правосудия. В этой связи представляется целесообразным возвращение к формуле, которая была предусмотрена в п. 3 ст. 5 ФЗ «О третейских судах», в отношении всех потребительских договоров (включая договоры присоединения), что способствовало бы большей определенности и предсказуемости отношений с участием потребителя. В то же время в отсутствие процессуального порядка заключения третейских соглашений, инкорпорированных в договоры с участием потребителя, статья 428 ГК РФ представляет собой единственное законодательное правило, которое могло бы быть также применимо для оценки действительности такого соглашения. Таким образом, действительность арбитражного соглашения должна исследоваться через призму материально-правовых норм, в частности ст. 428 ГК РФ, применяемой в отношении договоров, в которых одна из сторон в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора. При постановке вопроса — содержит ли в себе третейское соглашение обременительные условия для потребителя, исследуется обременительный характер не самого по себе условия о передаче гражданско-правового спора на рассмотрение арбитража (третейского суда), а обременительный характер процессуальных последствий инкорпорирования третейского соглашения с участием потребителя.

При этом оценка обременительного характера последствий третейского соглашения должна быть произведена по более широкому спектру вопросов, нежели чем предусмотрено в Определении Конституционного Суда 2012 г. 1831-О, а именно включать сравнительный анализ защиты прав в третейском суде и государственном суде. Суд должен исследовать, создают ли характерные для третейского разбирательства признаки (необходимость оплаты третейского сбора, конфиденциальность рассмотрения споров, окончательность решения) существенный дисбаланс прав и обязанностей сторон потребительского отношения по сравнению с тем объемом гарантий, которые предоставляются в рамках рассмотрения споров в государственном суде.

Заключение

По общему правилу третейская оговорка в потребительском соглашении в силу принципов автономии воли и добровольности передачи гражданско-правовых споров в третейский суд должна восприниматься как расширение возможностей сторон потребительского соглашения в выборе форм разрешения споров, а не как нарушение прав потребителей. В то же время, при общей арбитрабельности потребительских споров, участие в договоре слабой стороны предполагает наличие специальных условий действительности арбитражной оговорки, которые одновременно должны являться дополнительным механизмом защиты потребителя.

Отсутствие в российском законодательстве подобных специальных условий приводит к необходимости оценки действительности арбитражного соглашения с участием потребителя на основании материально-правовых положений, предусмотренных в ст. 428 ГК РФ, которая применяется не только в отношении договоров присоединения, но и в отношении иных договоров, в которых одна из сторон, в силу явного неравенства переговорных возможностей, поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора. Само по себе наличие арбитражного соглашения в потребительском договоре не должно квалифицироваться в качестве обременительного условия, наличие которого в соответствии с п. 2 ст. 428 ГК РФ позволяет стороне потребовать расторжения или изменения договора, если указанная сторона, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. В качестве такого обременительного условия выступают не само арбитражное соглашение, а последствия его заключения. При этом обременительный характер данных последствий должен производиться не только по форме и содержанию арбитражного соглашения, включающего наряду с прочими оценку порядка распределения сторонами расходов, связанных с разрешением споров в третейском суде, но также и на основе сравнительного анализа защиты прав в третейском суде и тем объемом гарантий, которые должен предоставлять судебный процесс в обычных условиях.

Указанный подход оценки обременительных последствий арбитражного соглашения не свободен от недостатков, поскольку определенность по вопросу компетенции третейского суда в отношении потребительского спора может проявиться только после прохождения процедуры оспаривания арбитражного соглашения, что способно вызвать очевидные сложности для потребителя. В этой связи закрепление дополнительных условий в отношении третейского соглашения с участием потребителя, в виде, например, не-

обходимости его заключения после возникновения спора, безусловно, могло бы снять ситуацию вышеуказанной правовой неопределенности и обеспечить надлежащий механизм защиты прав потребителя как слабой стороны по договору.



Библиография

Абрамов И.А. К вопросу о подведомственности дел связанных с защитой прав потребителей // Аллея науки. 2018. Т. 2. № 10. С. 742–745.

Ануров В. Н. Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. 2005. № 3. С. 46–67.

Ануфриева Л.П. Преподавание курса «международный коммерческий арбитраж». Научно-практическое пособие. М.: РПА, 2006. 140 с.

Асосков А.В. Арбитражная оговорка в договоре присоединения: российские подходы и зарубежный опыт // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 1. С. 10–24.

Бычков А. P2P-кредитование // Эж-ЮРИСТ. 2016. № 28. С. 12.

Гарифулин Д. Третейская оговорка в ДДУ — проблемы оспаривания в арбитраже. Available at: URL: <http://corprf.ru/treteyskaya-ogovorka-v-ddu-problemyi-osparivaniya-v-arbitrazhe/> (дата обращения: 29.11.2019)

Грибанов А.В. Участие физических лиц в качестве сторон в международных арбитражных спорах // Третейский суд. 2018. № 1/2. С. 229–238.

Казаченок О.П. Взаимное (P2P) кредитование как современный инструмент альтернативного финансирования // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2018. № 10. С. 147–155.

Коломиец А.И. Действительность арбитражного соглашения по праву России и зарубежных стран: автореф. дис. ...к. ю. н. М., 2018. 28 с.

Коровина М.А. Проблемы третейского разбирательства // Современное общество и право. 2015. № 3. С. 39–43.

Кузьмина А.В. Третейские оговорки в договорах присоединения: проблемы реформирования гражданского и процессуального законодательства // Закон. 2015. № 4. С. 123–134.

Мажорина М.В. Сетевая парадигма международного частного права: контурирование концепции // Актуальные проблемы российского права. 2019. №4. С. 140–159.

Маковский А. Л. Заключение Исследовательского центра частного права при Президенте РФ на запрос Высшего Арбитражного Суда в Конституционный Суд РФ // Третейский суд. 2011. № 2. С. 61–66.

Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М.: Юрид. литература, 1985. 144 с.

Минина А.И. Понятие и виды арбитрабельности в теории и практике международного коммерческого арбитража: автореф. дис. ...к. ю. н. М. 2013. 28 с.

Морозов М.Э. Регулирование процедуры оспаривания арбитражного соглашения // Юридическая наука и практика. 2017. № 3. С. 36–41.

Пьянкова А.Ф. Способы защиты прав слабой стороны по договору присоединения // Защита гражданских прав: избранные аспекты. Сборник статей. М.: МГЮА, 2017. С. 57–80.

Maggs P. Unconstitutionality of the arbitration clause under United States Law // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 167–181.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Arbitration Clauses in Agreements Involving Consumers



Liudmila Terenteva

Associate Professor, International Private Law Chair, Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia. E-mail: terentevamila@mail.ru



Abstract

Imperative provisions of Article 17 of the Law on the Protection of Consumer Rights of the Russian Federation and Article 29 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation provide the consumer with an option to file a lawsuit in court (at the location of the respondent organization, at his place of residence or at the place of residence, or at the place of conclusion, or execution of the contract), despite the existence of a valid and enforceable choice of court consumer agreements. At the same time these provisions do not stipulate the question of whether the consumer has a similar opportunity if there is an arbitration clause in the agreement. The lack of the special rules governing the validity of arbitration clauses with the participation of consumers in federal legislation led to a wide range of solutions to this issue in judicial practice, from the admissibility of incorporating an arbitration clause in consumer agreements to the impossibility of considering these disputes by arbitration courts. The author critically evaluates the doctrinal positions on the unacceptability of incorporating an arbitration clause in consumer agreements due to the 2012 position of the Constitutional Court of the Russian Federation regarding the possibility of choosing an alternative form of protection of rights by parties to a consumer agreement, Article 11 of the Civil Procedure Code, which allows to choose forms of protection of civil rights by applying to a court, arbitration court or arbitration court, as well as provided for in Articles 45, 46 of the Constitution guarantees. At the same time, with the general arbitrability of consumer disputes, the author justifies the need to establish special requirements for the validity of after the dispute arises. In connection with the absence in Russian legislation of special conditions for the validity of the arbitration agreement with the participation of the consumer, the author explores the possibility of evaluation of the arbitration agreement based on the more substantive provisions provided for in Article 428 of the Civil Code.



Keywords

arbitration clause; information and communication space; consumers; choice of court agreement; professional party; contract of accession.

For citation: Terenteva L.V. (2020) Arbitration Clauses in Agreements Involving Consumers. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 28–44 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.28.44



References

- Abramov I.A. (2018) On the jurisdiction of the cases associated with consumer law rights. *Alleya nauki*, no 10, pp. 742–745 (in Russian)
- Anurov V.N. (2005) Arbitration agreement. *Treteyskiy sud*, no 3, pp. 46–67 (in Russian)
- Anufrieva L.P. (2006) *Teaching the course international commercial arbitration*. Moscow: RPA, 140 p. (in Russian)
- Asoskov A.V. (2014) Arbitration clause in the agreement of adhesion. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, no 1, pp. 10–24 (in Russian)
- Bychkov A. (2016) P2P-crediting. *Ezh-Yurist*, no 28, p. 12 (in Russian)
- Garifulin D.D. Arbitration clause in contracts — issues of arbitration procedure. Available at: <http://corprf.ru/treteyskaya-ogovorka-v-ddu-problemyi-osparivaniya-v-arbitrazhe/> (accessed: 29.11. 2019)
- Gribanov A.V. (2018) Natural persons as parties to international arbitration disputes. *Treteyskiy sud*, no 1, pp. 229–238 (in Russian)
- Kazachyonok O.P. (2018) P2P crediting as an instrument of alternative financing. *Vestnik Universiteta imeni Kutafina*, no 10, pp. 147–155 (in Russian)
- Kolomiets A.I. (2018) The validity of arbitration agreement in Russia and abroad, Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Korovina M.A. (2015) The issues of arbitration procedure. *Sovremennoe obshchestvo i pravo*, no 3, pp. 39–43 (in Russian)
- Kuzmina A.V. (2015) Arbitration clauses i adhesion contracts: the problems of reforming civil and procedural legislation. *Zakon*, no 4, pp. 123–134 (in Russian)
- Maggs P. (2010) Unconscionability of the arbitration clause under US Law. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, no 1, pp. 167–181 (in English)
- Makovskiy A.L. (2011) Conclusion of the Centre of private law on the request of the Supreme Arbitration Court to the Constitutional Court of Russia. *Treteyskiy sud*, no 2, pp. 61–66 (in Russian)
- Mazhorina M.V. (2019) Net paradigm of international private law: concept outline. *Aktual'nie problemy rossiyskogo prava*, no 4, pp. 140–159 (in Russian)
- Minakov A.I. (1985) *Arbitration agreements and the practice of settling foreign economics disputes*. Moscow. Yuridicheskaya literatura, 144 p. (in Russian)
- Minina A.I. (2013) Arbitration in theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)
- Morozov M.E. (2017) Regulating the procedure of contesting an arbitration agreement. *Yuridicheskaya nauka i praktika*, no 3, pp. 36–41 (in Russian)
- Pyankova A.F. (2017) Protecting the rights of a weaker party under the contract of adhesion. *Zaschita grazhdanskih prav*: collection of essays. Moscow: MGUA, pp. 57–80 (in Russian)

Иностранное судебное решение как объект признания и приведения в исполнение в России



Н.И. Марышева

главный научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки Российской Федерации. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемуш-кинская ул., 34. E-mail: pil@izak.ru



А.И. Щукин

ведущий научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемуш-кинская ул., 34. E-mail: pil@izak.ru



Аннотация

Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов является важной гарантией защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц и необходимой частью эффективной системы международного правового сотрудничества. В механизме правового регулирования трансграничного оборота судебных актов одним из основных вопросов является определение объекта признания и исполнения. В России признание и исполнение иностранных судебных решений определяется в ее международных договорах, предусматривающих такое признание и исполнение, а в случае признания решений, не требующих принудительного исполнения, также в федеральных законах. Целью исследования является анализ договорных норм, устанавливающих, какие именно иностранные судебные решения подлежат признанию и исполнению на территории России, выявление спорных вопросов практики применения их судами, поиск путей к совершенствованию договорных норм, к достижению единообразия в понимании их судами. В статье анализируются положения Минской конвенции стран СНГ (1993), Киевского соглашения этих стран (1992), двусторонних договоров России о правовой помощи (их более 30) и других международных договоров, предусматривающих признание и исполнение иностранных судебных решений, российское законодательство и правоприменительная практика. Учитываются современные тенденции в регулировании этих отношений, в частности, используются материалы разработки Гаагской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам (2019). Круг подлежащих признанию и исполнению иностранных судебных решений определяется по разным векторам с учетом специфических свойств судебных актов и производств, в рамках которых они принимаются. Иностранное судебное решение как объект призна-

ния и исполнения рассматривается под углом зрения, во-первых, характера дела, по которому вынесено решение (гражданское, семейное, трудовое или отдельная категория гражданских дел), во-вторых, органа, вынесшего решение (государственный суд или иной орган), в-третьих, его процессуальной формы (решение, определение, постановление, приказ).



Ключевые слова

суд; иностранное судебное решение; признание иностранных судебных решений, исполнение иностранных судебных решений; объект; международный гражданский процесс.

Для цитирования: Марышева Н. И., Щукин А. И. Иностранное судебное решение как объект признания и приведения в исполнение в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 45–83.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.45.83

Введение

Развитие международного гражданского оборота приводит к росту числа споров с участием иностранных лиц, которые завершаются вынесением судебных актов, требующих последующего признания и исполнения за границей. Признание и исполнение иностранных судебных решений — один из важнейших вопросов международного правового сотрудничества по гражданским делам, непосредственно затрагивающий, с одной стороны, права граждан и юридических лиц, с другой, деятельность учреждений юстиции. По словам М. Вольфа, «из всех проблем, возникающих в международных сношениях, проблема признания иностранных судебных решений и их принудительного исполнения является, быть может, самой существенной» [Вольф М., 1948: 274].

В качестве правового инструмента взаимодействия правовых систем государств в сфере взаимного признания и исполнения судебных решений чаще всего выступает международный договор. В России, как и в ряде других стран, признание и исполнение иностранных судебных решений допускается лишь при наличии соответствующего международного договора. На это указано в ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе в Российской Федерации», а также в ст. 409 ГПК РФ и ст. 241 АПК РФ. Иностранные судебные решения, не требующие принудительного исполнения, могут быть признаны и при отсутствии с соответствующим государством международного договора, но только в случаях, предусмотренных федеральным законом (ст. 415 ГПК РФ, ст. 245.1 АПК

РФ). Международный договор обеспечивает и исполнение решений российских судов за границей (взыскание в пользу российских участников судебных споров определенных денежных сумм и т.п.), на что при отсутствии международного договора не всегда можно рассчитывать¹. Углубление международного сотрудничества по вопросам взаимного признания и исполнения судебных решений, отражающее доверие к деятельности учреждений юстиции другого государства, служит залогом обеспечения эффективной защиты интересов участников трансграничного гражданского оборота и укрепления международного правопорядка.

Среди международных договоров России, предусматривающих взаимное признание и исполнение судебных решений, следует выделить заключенную странами Содружества Независимых Государств (СНГ) в 1993 г. Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам² (далее — Минская конвенция), а также Соглашение стран СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (1992)³ (далее — Киевское соглашение). Решаются эти вопросы и в большей части двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, многие из которых заключены Советским Союзом и продолжают действовать в Российской Федерации. Детальные нормы этих договоров (их более 30) близки друг к другу; в отношении стран СНГ вместе с Минской конвенцией и Киевским соглашением они образуют систему международных договоров, обеспечивающих всестороннее правовое сотрудничество учреждений юстиции и защиту прав граждан и юридических лиц.

Признание и исполнение иностранных судебных решений, но лишь по некоторым категориям гражданских дел, вытекает и из других многосторонних конвенций с участием России: Гагской конвенции по вопросам гражданского процесса (1954)⁴, Римской конвенции об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности (1952)⁵, Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью (1969) (с изм., внесенными Протоколом от 27.11.1992⁶) и др.

¹ См., напр.: решение Высшего земельного суда Гамбурга (Oberlandesgericht Hamburg) от 13.07.2016 по делу № 6 U152/11 об отказе в признании и исполнении на территории Германии решения Арбитражного суда Москвы от 13.03.2009 по делу № А40-73665/08-25-507 о взыскании денежных средств по договору страхования. Available at: <https://openjur.de/u/907716.html> (дата обращения: 05.09.2019)

² СЗ РФ. 24.04.1995. № 17. Ст. 1472.

³ Документ ратифицирован Постановлением Верховного Совета РФ от 9.10.1992 № 3620-1.

⁴ Собрание постановлений Правительства Союза ССР. 1967. № 20. Ст. 145.

⁵ Ведомости ВС Союза ССР. 16.02.1983. № 7. Ст. 109.

⁶ СЗ РФ. 12.04.2004. № 15. Ст. 1345.

Применяя нормы международных договоров относительно признания и исполнения иностранных судебных решений, как и нормы внутреннего законодательства о признании решений, не требующих исполнения, суды проверяют соблюдение судом, вынесшим решение, условий, при которых допускается признание и исполнение, решают вопросы порядка исполнения (необходимость выдачи экзекватуры и т.п.). Но прежде всего они должны определить, относится ли предъявленное к признанию и исполнению иностранное судебное решение к кругу тех решений, признание и исполнение которых предусмотрено соответствующим договором или федеральным законом, т.е. определить объект признания и исполнения⁷. Отнесение иностранного судебного решения к тому или иному виду является предпосылкой его признания и исполнения⁸.

Объект признания и исполнения определяется в международных договорах по-разному. Это относится и к международным договорам стран СНГ, хотя в целом их нормы, касающиеся объекта признания и исполнения, достаточно близки друг к другу (нередко даже полностью совпадают). При этом если в одних договорах понятие подлежащего признанию и исполнению судебного решения раскрывается, то в других автономное толкование отсутствует. Различия в понимании договорных норм вызывают затруднения в правоприменительной практике. Подчас понимание употребляемого в конкретном договоре понятия подлежащего признанию и исполнению судебного решения расходится в практике отдельных стран — участниц этого договора.

Между тем строгое соблюдение судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ является, как подчеркивает Верховный Суд РФ⁹ (далее — ВС РФ), важнейшей гарантией исполнения международных обязательств Российской Федерации в области защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц, способствует укреплению авторитета России на международной арене. Дальнейшее совершенствование судебной деятельности, связанной с реализацией положений международного права на внутригосударственном уровне, достижение единообразия судебной практики представляется важнейшей задачей. Столь же необходимо единообразное понимание договорных норм в правоприменительной практике стран — участниц того или иного договора.

⁷ Наряду с объектом в юридической литературе в рамках признания и исполнения иностранных судебных актов выделяют предмет, под которым понимается не непосредственно акт иностранной юстиции, а отдельные последствия данного акта. См. подробнее: [Шак Х., 2001: 381–385].

⁸ См., напр.: [Воронов А.Ф., 1987: 12].

⁹ См.: Постановление Пленума ВС РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

На необходимость учета соответствующих договорных норм обращено внимание судов, например, в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Украины от 24.12.1999 № 12 «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, вынесенных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины»¹⁰. В п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Республики Молдова от 09.12.2013 № 9 «О практике применения судами законодательства, касающегося признания и исполнения решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений» указано: «Не могут быть признаны и принудительно исполнены иностранные судебные постановления, если это не предусмотрено в международном договоре»¹¹. Можно сослаться и на позицию судебной коллегии ВС РФ, которая по одному из дел поддержала вывод нижестоящего суда об отсутствии правовых оснований для принудительного исполнения решения народного суда Хельсинки (Финляндия), которым был разрешен спор между родителями об опеке над ребенком, о порядке участия в воспитании ребенка и о взыскании алиментов на его содержание. Российские суды исходили из того, что хотя Россия (как правопреемница Союза ССР) и Финляндия являются сторонами Договора о правовой помощи (1978)¹², следует учитывать, что этот договор не предусматривает возможности принудительного исполнения судебных решений, вынесенных в одном договаривающемся государстве, на территории другого договаривающегося государства. Содержащийся в Договоре исчерпывающий перечень семейных дел, решения по которым, принятые судом договаривающейся стороны, признаются (речь идет о признании, но не исполнении), не содержит решений, касающихся споров о месте проживания и воспитании ребенка¹³.

Круг подлежащих признанию и исполнению иностранных судебных решений определяется по разным векторам, с учетом специфических свойств судебных актов и производств, в рамках которых они принимаются. Иностранное судебное решение как объект признания и исполнения может быть рассмотрено под углом зрения, во-первых, характера дела, по которому вынесено решение (гражданское, семейное, трудовое или отдельная категория гражданских

¹⁰ Available at: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99> (дата обращения: 05.09.2019)

¹¹ Available at: URL: http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=282 (дата обращения: 05.09.2019)

¹² Ведомости ВС Союза ССР. 20.08.1980. № 34. Ст. 690.

¹³ См.: Определение ВС РФ от 28.01.1999 № 78-Г98-46. Статья 23 упомянутого Договора с Финляндией устанавливает, что договаривающиеся стороны признают только решения о расторжении брака граждан договаривающихся сторон, о раздельном проживании супругов или о признании брака недействительным.

дел), во-вторых, органа, вынесшего решение (государственный суд или иной орган), в-третьих, процессуальной формы (решение, определение, приказ).

1. Характер дела, по которому вынесено решение, подлежащее признанию и исполнению

Вопрос о том, решения по какого рода делам подлежат признанию и исполнению, обычно решается в самом международном договоре. В Минской конвенции, как и в большинстве двусторонних договоров о правовой помощи¹⁴, указывается на признание и исполнение решений по гражданским и семейным делам. В то же время в некоторых из таких двусторонних договоров говорится о решениях по «гражданским делам»¹⁵, «по гражданским (включая торговые и семейные) делам»¹⁶, по «гражданским, трудовым и семейным делам»¹⁷, по «гражданским, торговым, трудовым и административным делам»¹⁸, по «гражданским, семейным и административным делам»¹⁹. Договоры о правовой помощи с Испанией (1990, ст. 17) и Индией (2000, ст. 24) упоминают о решениях по «гражданским и торговым делам».

Круг судебных решений, подлежащих признанию и исполнению на основании Киевского соглашения, уже. Он ограничен решениями по делам, вытекающим из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами (ст. 1).

Некоторые договоры, определяя круг решений, которые подлежат признанию и исполнению, одновременно перечисляют решения, на которые договоренность двух стран не распространяется. Например, в Договоре с Испанией о правовой помощи (1990)²⁰ установлено, что из сферы его действия исключаются решения по вопросам банкротства, социального обеспечения, возмещения убытков за ущерб, нанесенный действием ядерной энергии, а также арбитражные решения (ст. 17)²¹.

¹⁴ Напр., в договорах с Болгарией (1975), Венгрией (1958), Румынией (1958), Эстонией (1993).

¹⁵ См., напр.: Договоры с Йеменом (1985, ст. 14), Китаем (1992, ст. 16), Польшей (1996, ст. 52).

¹⁶ См., напр.: Договоры с Грецией (1981, ст. 23), Тунисом (1984, ст. 1 и 14).

¹⁷ См. договор с Чехословакией (1982, ст. 54).

¹⁸ См. договор с Аргентиной (2000, ст. 18).

¹⁹ См. договор с Эстонией (1993) в редакции Протокола от 03.10.2001 г. (ст. 50).

²⁰ СЗ РФ. 2.03.1998. № 9. Ст. 1049.

²¹ Сходная юридическая техника применена, например, в Гаагской конвенции от 02.07.2019 о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским

Квалификация дела в качестве гражданского должна осуществляться, в первую очередь, на основании соответствующего договора²². Например, в Договоре России с Китаем о правовой помощи (1992)²³ определено, что употребляемый в нем термин «гражданские дела» включает в себя также торговые, брачно-семейные и трудовые дела (п. 3 ст. 1). В Договоре России с Польшей о правовой помощи (1996)²⁴ уточняется, что под гражданскими делами понимаются также семейные и трудовые дела (п. 4 ст. 1). Подобное правило содержат и договоры с некоторыми другими странами.

Указанные уточнения связаны, в частности, с различиями в правовых системах договаривающихся государств — например, в России семейное право рассматривается как самостоятельная отрасль права, тогда как в ряде стран оно охватывается гражданским правом. Это относится и к используемому в некоторых международных договорах термину «торговые» дела²⁵.

Следует отметить, что квалификация дела в качестве гражданского зависит от характера спора, не обязательно от характеристики суда, который

и торговым делам (The Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters) (далее — Гаагская конвенция об исполнении иностранных судебных решений (2019)), согласно которой Конвенция применяется к признанию и исполнению судебных решений по гражданским и торговым делам и не распространяется, в частности, на дела, связанные с взиманием налогов, таможенные и административные дела (п. 1 ст. 1).

²² Иногда на необходимость автономной квалификации указывается в самом документе. Так, согласно п. 10 преамбулы Регламента Европейского Союза (ЕС) № 606/2013 о взаимном признании мер защиты в гражданском судопроизводстве понятие «гражданское дело» следует толковать автономно в соответствии с принципами права Европейского Союза (Regulation (EU) of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters // OJEU. L 181. 29.6.2013). В ч. 4 ст. 346 ГПК Армении (2018) говорится: иностранный судебный акт подлежит признанию и исполнению в Армении, если спор, разрешаемый этим актом, по законодательству Армении считается гражданским, если иное не предусмотрено соответствующим международным договором Армении.

²³ СЗ РФ. 18.02.2013. № 7. Ст. 612.

²⁴ СЗ РФ. 18.02.2002. № 7. Ст. 634.

²⁵ В пояснительном докладе к Гаагской конвенции о выборе суда (2005) отмечается, что используемая в Конвенции категория «гражданские или торговые дела» имеет самостоятельное значение: она не предполагает ссылки на национальное законодательство или другие инструменты. Ограничение круга дел гражданскими или торговыми спорами — обычное явление в международных конвенциях подобного рода. Оно, в первую очередь, направлено на исключение вопросов публичного и уголовного права. Причина использования слов «торговый», а также «гражданский» заключается в том, что в некоторых правовых системах они рассматриваются как отдельные и взаимоисключающие категории. Использование обоих терминов полезно для этих правовых систем, но это не наносит урона и правовым системам, в которых торговые споры являются подкатегорией гражданских дел (п. 49 доклада). См.: The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements: explanatory report by Trevor Hartley / Masato Doguchi. Available at: <https://assets.hcch.net/upload/exp137final.pdf> (дата обращения: 05.09.2019)

принял решение, будь то гражданский, коммерческий, уголовный или административный²⁶. Как отмечает Х. Шак, исторически обусловленные особенности национальной организации судов не имеют значения для отнесения дел к числу гражданских. Трудовые споры продолжают оставаться гражданскими делами, даже если они рассматриваются специальными судами по трудовым спорам [Шак Х., 2001: 400]. Многие договоры РФ специально указывают на признание и исполнение приговоров в части возмещения ущерба, причиненного преступлением.

Что касается понимания «гражданского дела», то суды не стремятся к сужению этого понятия. Так, по одному из дел Московский городской суд привел в исполнение постановление суда Казахстана, вынесенное в рамках дела о взыскании задолженности по заработной плате, т.е. по трудовому спору, хотя Минская конвенция (которую суд применил по данному делу) в числе признаваемых и исполняемых решений называет только те, которые вынесены по гражданским и семейным делам²⁷. По другому делу Мосгорсуд, руководствуясь Минской конвенцией, привел в исполнение заочное решение районного суда Могилевской области (Беларусь) о взыскании с российской компании в пользу гражданина К. заработной платы²⁸. Можно привести и дело, по которому судебная коллегия ВС РФ, исходя из положений Минской конвенции, оставила без изменения определение Суда Ямало-Ненецкого автономного округа о приведении в исполнение решения районного суда Чернигова (Украина) о взыскании с организации в пользу гражданина Д. задолженности по заработной плате²⁹.

Некоторые международные договоры говорят о признании и исполнении решений не по всем гражданским и семейным делам, а лишь по отдельным их категориям (только по делам о взыскании алиментов, о расторжении брака и т.п.)³⁰. Например, Договор между Россией и Испанией о сотрудничестве

²⁶ Напр., в п. 10 преамбулы Регламента ЕС № 606/2013 о взаимном признании мер защиты в гражданском судопроизводстве указано: гражданский, административный или уголовный статус органов, предписывающих меры защиты, не должен быть решающим фактором для оценки гражданско-правового характера меры защиты.

²⁷ См.: Апелляционное определение Мосгорсуда от 21.03.2018 по делу № 33-4550/2018.

²⁸ См.: Определение Мосгорсуда от 4.06.2019 № 3м-66/2019. См. также апелляционное определение Мосгорсуда от 16.12.2015 по делу № 33-40311.

²⁹ См.: Определение ВС РФ от 18.07.2000 № 70-Г00-2. См. также определение ВС РФ от 24.07.2001 № 8-Г01-4.

³⁰ Тенденцию к определенной детализации объектов признания и исполнения в актах рекомендательного характера можно отметить, например, применительно к отношениям трансграничной несостоятельности. Изначально речь шла о признании иностранного производства по делу о банкротстве, включая признание решения о возбуждении такого производства (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997)). Типовой закон ЮНСИТРАЛ (2018) о признании и приведении в исполнение судебных решений, при-

в области усыновления (удочерения) детей (2014)³¹ предусматривает признание вынесенных компетентным органом государства решений об усыновлении ребенка (п. 5 ст. 11). Определение круга подлежащих признанию и исполнению решений применительно к таким договорам зависит от толкования понятия «судебное решение» в этих договорах³².

Ряд договоров России, например, договоры о правовой помощи с Аргентиной (2000) и Эстонией (1993) (в ред. Протокола от 3.10.2001), предусматривают взаимное признание и исполнение судебных решений и по административным делам. В рамках Конвенции о взаимном признании и исполнении решений по делам об административных нарушениях правил дорожного движения (1997)³³ могут исполняться постановления о назначении административного наказания за нарушение правил дорожного движения (п. 1 ст. 2).

В отсутствие в договоре прямых предписаний суд, очевидно, не должен допускать на своей территории реализацию иностранного решения, которое выходит за рамки частноправового спора [Морозова Ю.Г., 2000: 143].

Однако в отношении признания и исполнения решений иностранных судов по публично-правовым спорам в рамках Минской конвенции и Киевского соглашения на практике складывается неоднозначная картина. Российские суды в ряде случаев приводили в исполнение решения иностранных судов стран СНГ не только по гражданским и торговым делам, но и по спорам из административных отношений. При этом суды общей юрисдикции применяли Минскую конвенцию. Так, по одному из дел судебная коллегия ВС РФ сочла со ссылкой на Минскую конвенцию необоснованным возвращение ходатайства Ошмянской таможни Гродненской области о приведении в исполнение на территории РФ решения районного суда Беларуси в части взыскания с Л. задолженности по таможенным платежам³⁴, хотя решение

нятых в связи с производством по делам о несостоятельности, охватил и принятые в ходе иностранного производства по делу о банкротстве решения, касающиеся распоряжения имущественной массой должника, оспаривания сделок должника, ответственности управляющего или директора должника за предпринятые во время несостоятельности действия.

³¹ СЗ РФ. 13.04.2015. № 15. Ст. 2202.

³² В рамках признания и исполнения решений по гражданским и семейным делам для отдельных категорий таких дел (например, о расторжении брака, о неимущественных спорах) соответствующий договор может устанавливать особый порядок (режим) признания и исполнения. Вопрос о порядке, как и об условиях, признания и исполнения решений лежит за пределами настоящего исследования.

³³ СЗ РФ. 30.03.2009. № 13. Ст. 1459. Документ вступил в силу для Армении, Беларуси, Казахстана, Таджикистана, России, Киргизии.

³⁴ См.: Определение ВС РФ от 26.01.2010 № 46-Г10-1. См. также определение ВС РФ от 01.08.2006 № 19-Г06-4 по делу о приведении в исполнение на территории РФ решения районного суда города Бреста (Беларусь) о взыскании с гражданина М. в доход Республики

иностранного суда о взыскании таможенных платежей, очевидно, не относится к решениям по гражданским делам. В другом деле судебная коллегия ВС РФ согласилась с Ленинградским областным судом в том, что не имеется оснований для отказа Инспекции государственного налогового комитета в удовлетворении ее ходатайства об исполнении решения суда Витебской области (Беларусь) о взыскании с гражданина М. в доход Республики Беларусь подоходного налога и государственной пошлины³⁵.

При применении Киевского соглашения по одному из дел арбитражные суды РФ, ссылаясь на это Соглашение, удовлетворили ходатайство Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан о приведении в исполнение решения Специализированного межрайонного экономического суда Кызылординской области (Казахстан) о взыскании с российской компании «З» недоимки и пени³⁶. По делу № А40-126954/11-147-1156 у российских судов также не возникло сомнения в том, что решение иностранного суда о взыскании недоимки по налогам (не по гражданско-правовому спору) в соответствии с Киевским соглашением может в принципе выступать в качестве объекта признания и исполнения на территории РФ³⁷.

Иная позиция в отношении, в частности, решений судов Казахстана выражена в определении, вынесенном по одному из дел судебной коллегией ВС РФ³⁸. Коллегия обосновала свою позицию следующим образом. Предъявленное к исполнению иностранное решение вынесено по публично-правовому спору, поскольку предполагает взыскание таможенных платежей, налогов, пеней в бюджет иностранного государства. Оно не направлено на защиту частного интереса, обеспечение которого является целью международного правового сотрудничества государств в рамках международного гражданского процесса и реализуется через заключение договоров о правовой помощи по гражданским, семейным, торговым (хозяйственным) делам. Публично-правовые (налоговые, таможенные, иные административные) дела, которые в силу своей природы направлены, прежде всего, на защиту

Беларусь задолженности по таможенным платежам и госпошлины [Лебедев В.М., 2009: 372—373].

³⁵ См.: Определение ВС РФ от 08.04.2003 № 33-Г03-6. См. также иные дела о приведении в исполнение на территории РФ решений иностранных судов о взыскании таможенных платежей: определение Мосгорсуда от 24.09.2015 по делу № 3м-461/2015; определение Красноярского краевого суда от 25.12.2018 по делу № 3-564/2018~М-574/2018; определение Нижегородского областного суда от 25.03.2019 по делу № 3-221/2019~М-64/2019.

³⁶ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 16.07.2013 по делу № А40-164964/12-52-1550.

³⁷ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 15.08.2012 по делу № А40-126954/11-147-1156.

³⁸ См.: Определение ВС РФ от 01.02.2017 по делу № 305-ЭС16-13303.

интересов государства и обеспечение государственной власти соответствующей страны, из предмета таких соглашений исключены. Оказание содействия со стороны судебной власти одного государства в формировании финансовой основы (бюджета) суверенной власти другого государства может осуществляться только при наличии явно выраженной воли государств на такое взаимодействие. Однако международных договоров, которые регламентировали бы основания и порядок признания и исполнения судебных решений по публичным, в том числе таможенным, налоговым делам, между Россией и Казахстаном не заключено. Исключением служит Конвенция о взаимном признании и исполнении решений по делам об административных нарушениях правил дорожного движения (1997), регулирующая исполнение решений по ограниченному кругу дел о нарушениях правил дорожного движения. Коллегия отметила, что такой подход, ограничивающий международное судебное сотрудничество в отношении исполнения решений по публично-правовым делам узкой сферой правил дорожного движения, является общепризнанным в современном сотрудничестве государств. Ссылка нижестоящих судов на нормы Киевского соглашения (это относится и к Минской конвенции) была признана неверной на том основании, что указанный международный договор регулирует исполнение судебных решений лишь по частноправовым спорам.

Разделяя в принципе позицию ВС РФ, обратим внимание на то, что по ряду дел налоговые органы иностранных государств обращались с просьбами о взыскании во исполнение иностранных судебных решений госпошлины в рамках рассмотренного гражданского дела, например, дела о взыскании алиментов, и такие просьбы удовлетворялись³⁹. При оценке такой позиции российских судов следует учитывать, что в подобных случаях взыскание денежных сумм происходило в рамках гражданских дел, решения по которым, вынесенные по существу спора, могли быть признаны и исполнены в соответствии с международным договором РФ (Минской конвенцией, Киевским соглашением, двусторонним договором). В таких случаях, на наш взгляд, отказ в приведении в исполнение решения о судебных расходах был бы неправилен.

Надо сказать, что аналогично толкуются нормы международных договоров (следовательно, и Минской конвенции, и Киевского соглашения) в упомянутом Постановлении Пленума ВС Украины от 24.12.2009 № 12. В п. 9 постановления указано, что, поскольку международными договорами Украины не установлены соответствующие ограничения, их правила о

³⁹ См., напр.: Апелляционное определение Мурманского областного суда от 30.10.2014 № 33-3479; определение Челябинского областного суда от 03.02.2014 по делу № 3-8/2014; определение Пермского краевого суда от 30.08.2018 по делу № 3-273/2018~М-263/2018.

выдаче разрешения на принудительное исполнение относятся к решениям иностранных судов по гражданским делам и в части взыскания с должника судебных расходов, в том числе госпошлины и других расходов в доход государства, суд которого постановил решение. Учитывая характер взысканий в последнем случае, Пленум признал правильной практику тех судов, которые положительно решают вопрос о разрешении исполнения иностранных постановлений в этой части по ходатайству иностранного суда, вынесшего такое решение. Аналогична позиция и белорусских судов. Так, в материалах Обзора судебной практики, проведенного в Верховном Суде Беларуси, признана правильной сложившаяся практика признания и исполнения на территории этого государства решений судов иностранных государств (России, Украины) в части взыскания с должника судебных расходов (судебного сбора), в том числе в доход государства договаривающейся стороны, суд которой вынес решение (вопрос решался по ходатайству иностранного суда, вынесшего такое решение)⁴⁰.

Отметим, что в том же смысле толкуется соответствующая норма Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений 2019 г. В пояснительном докладе к проекту данной Конвенции⁴¹ указано, что определение судом, включая должностное лицо суда, судебных расходов или издержек также является решением в смысле Конвенции при условии, что оно касается такого вынесенного по существу решения, которое может быть признано и приведено в исполнение в соответствии с Конвенцией. Постановление относительно расходов может быть включено в судебное решение, вынесенное по существу спора, или может быть оформлено в виде отдельного постановления. В любом случае признание и приведение в исполнение решения о взыскании судебных расходов связано с решением по существу: если последнее не может быть признано или исполнено в соответствии с Конвенцией (например, поскольку оно выходит за рамки сферы ее применения или не отвечает установленным в ней условиям), решение о расходах также не признается и не приводится в исполнение. И наоборот, если решение по существу спора может быть признано или приведено в исполнение в соответствии с Конвенцией, то в принципе постановление об определении расходов также может быть признано и приведено в исполнение. При этом

⁴⁰ См.: Судебная практика по гражданским и экономическим делам о признании и исполнении решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (по материалам обзора, утв. 23.12.2014 Пленумом Верховного Суда Республики Беларусь) // Судовы веснік. 2015. № 1. С. 26.

⁴¹ См.: The Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: explanatory report by Francisco J. Garcimartín Alférez / Geneviève Saumier. Available at: URL: <https://assets.hcch.net/docs/7cd8bc44-e2e5-46c2-8865-a151ce55e1b2.pdf> (дата обращения: 05.09.2019)

достаточно того, что решение, вынесенное по существу спора, «может быть» признано или исполнено в запрашиваемом государстве, и не требуется, чтобы признание и приведение в исполнение уже состоялось (однако в исключительных случаях решение по существу спора может быть признано и приведено в исполнение, а об определении расходов — нет, например, потому, что оно было получено мошенническим путем).

Норму об исполнении решений о взыскании судебных издержек и расходов содержит Гагская конвенция по вопросам гражданского процесса (1954, ст. 18). Но в этой Конвенции речь идет только о решениях, вынесенных по гражданскому или торговому делу против истца или третьей стороны, освобожденных на основании Конвенции от внесения залога и обеспечения (ст. 17).

2. Судебные акты, подлежащие признанию и приведению в исполнение

Взаимодействие в области гражданской юрисдикции различных государств в рамках трансграничного оборота судебных актов обычно основывается на признании и исполнении иностранного судебного решения. Здесь существенны два обстоятельства: это должен быть акт, принятый именно судом, и это должен быть акт, вынесенный судом по существу спора⁴².

2.1. Орган, вынесший судебное решение

Практически во всех международных договорах РФ речь идет, прежде всего, о признании и исполнении решений, вынесенных государственными судами. Признаваемый акт по общему правилу должен быть именно судебным, т.е. должен являться результатом правоприменительной деятельности по осуществлению правосудия с использованием судебной процессуальной формы, черты которой можно вывести из принципа «права на суд».

Форма гражданского процесса тесно связана с организацией и деятельностью системы правосудия. Любое судебное учреждение, являясь частью государственного аппарата, действует исходя из суверенитета государства. Поэтому, как отмечал М. Иссад, подлежащее признанию и исполнению решение должно быть вынесено от имени суверенной верховной власти иностранного государства [Иссад М., 1989: 255].

⁴² Как указано в пояснении к проекту Гагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019), понятие судебного решения содержит два основных элемента: данный акт должен быть (i) «решением по существу», (ii) «вынесенным судом».

Понимание термина «суд» было предметом обсуждения при разработке Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019). Предлагалось включить в текст документа определение «суд», означающее: i) трибунал, принадлежащий к судебной системе договаривающегося государства на любом уровне, и ii) любой другой постоянный трибунал, который в соответствии с законодательством договаривающегося государства осуществляет юрисдикционные (судебные) функции по конкретному вопросу в соответствии с заранее установленными процессуальными нормами, являясь при этом независимым и самостоятельным⁴³. Однако это предложение хотя и получило определенную поддержку, не было принято из-за трудности формулирования соответствующего определения. В принципе, как отметили разработчики проекта, термин «суд» должен толковаться автономно и относиться к органам государства (т.е. органам, являющимся частью судебной власти государства), которые осуществляют судебные функции. К ним не должны относиться административные органы, такие как патентные ведомства или ведомства по товарным знакам (или Апелляционный совет, который может быть создан в рамках этих ведомств)⁴⁴, должностные лица суда (за исключением постановлений судебного пристава о судебных расходах), государственные нотариусы или регистраторы, а также негосударственные органы, например религиозные суды.

В международных договорах России понятие «суд» иногда уточняется в самом договоре. Так, в Договоре с Италией о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей (2008)⁴⁵ применительно к признанию решений об усыновлении ребенка указывается: «компетентный орган, принимающий решение об усыновлении» означает с Российской стороны — верховный суд республики и приравненные к нему по уровню суды субъектов РФ; с Итальянской стороны — суд по делам несовершеннолетних или секция по делам несовершеннолетних апелляционного суда (п. 1 ст. 14)⁴⁶.

⁴³ См.: Параграф 80 пояснительного доклада к проекту Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019).

⁴⁴ Поэтому решения Европейского патентного ведомства, ведомства по сортам растений сообщества, ведомства интеллектуальной собственности Европейского Союза или Евразийского патентного ведомства выходят за рамки проекта Конвенции (см.: прим. 63 к упомянутому выше докладу).

⁴⁵ СЗ РФ. 01.02.2010. № 5. Ст. 462.

⁴⁶ Органы государства, осуществляющие судебную функцию либо отвечающие критерию, позволяющему отнести учреждение к числу судебных органов, решения которых подлежат признанию и исполнению, названы и в некоторых наднациональных актах. Например, в Регламенте ЕС № 1215/2012 о признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам термин «суд» означает также: в Венгрии — нотариат (közjegyző) при рассмотрении дел в порядке упрощенного производства в отношении распоряжений о платеже; в Швеции — Исполняющий орган (Kronofogdemyndigheten), рассматривающий дела в по-

В ряде стран арабского мира, с некоторыми из которых Россия заключила договоры, споры, вытекающие из семейных отношений, например о разводе, могут разрешаться религиозным (духовным), а не светским судьей. Могут ли решения таких судов признаваться так же, как и решения государственных учреждений (судов)? Поиск ответа на данный вопрос осложняется когда в международном договоре понятие «суд» не раскрывается⁴⁷.

На практике по одному из дел в 2007 г. были рассмотрены возражения против признания на территории РФ решения Шариатского суда (Джаафарский Исламский Совет Муфтиев в лице муфтия области Бекаа) о расторжении в Ливане в 1991 г. брака, зарегистрированного в Санкт-Петербурге. Санкт-Петербургский городской суд возражения счел обоснованными и отказал в признании решения шариатского суда, поскольку с данным государством отсутствует международный договор о правовой помощи⁴⁸ и одной из сторон не было вручено извещение о рассмотрении дела, вследствие чего она была лишена возможности принять участие в бракоразводном процессе. Судебная коллегия ВС РФ согласилась с этим решением. Среди оснований отказа в признании она указала, в частности, на отсутствие ссылок на иностранное законодательство о компетенции органа Ливана, принявшего решение о расторжении брака. Из выданной в 2006 г. главным управлением по делам гражданского состояния МВД и муниципалитетов Ливанской Республики выписки из книги записей актов гражданского состояния, как отметил суд, следует, что оба супруга состоят в зарегистрированном браке⁴⁹. Судья по доводам российских судов, они готовы были признать решение шариатского суда, если бы были соблюдены указанные в решении требования: компетентность принявшего решение органа, наличие международного договора, надлежащее извещение стороны. Во всяком случае, суды не отрицали в принципе возможности признания на территории РФ решения шариатского суда.

рядке упрощенного производства в отношении распоряжений о платеже и помощи (ст. 3) (Regulation (EU) of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) // OJEU № L 351. 20.12.2012).

⁴⁷ Примером определения понятия «суд» в договоре может служить Конвенция между Великобританией и Израилем (1970) (Convention providing for the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgements in Civil Matters on 28 October 1970), где в качестве объектов признания и исполнения в Великобритании выступают решения по любым гражданским делам, вынесенные следующими судами Израиля: Верховным судом, окружными судами, раввинскими судами, мусульманскими религиозными судами, христианскими религиозными судами и друзскими религиозными судами (ст. 2).

⁴⁸ Этот аргумент сам по себе едва ли убедителен: согласно ст. 415 ГПК РФ иностранные судебные решения о расторжении брака (указанные в данной статье) могут быть признаны в России и при отсутствии международного договора с соответствующим государством.

⁴⁹ См.: Определение ВС РФ от 31.07.2007 № 78-Г07-28 [Лебедев В.М., 2009: 464–466].

Позицию признания решений религиозных судов обосновывал в свое время Э. Бартен: «Если на территории какого-либо государства церковной юрисдикции делегировано полномочие выносить решения по спорам, она считается реализующей суверенитет этого государства на данном участке правосудия по гражданским делам. Как бы такие решения ни отличались от французской концепции и законодательства по соответствующему вопросу, с того момента, как данное государство признается членом международного сообщества, для которого изданы коллизионные нормы французского права, решения по спорам, исходящие от его компетентных властей, церковных или каких-либо иных, являются во Франции иностранными судебными решениями. Применяя к ним такую квалификацию, мы, таким образом, уважаем созданную этим государством юрисдикционную систему и вместе с этим его международную правосубъектность, признанную Францией как применительно к конфликтам юрисдикций, так и применительно к коллизиям законов. Например, во Франции будут расцениваться как законно разведенные лица иудейского вероисповедания, развод которых был совершен раввином в дореволюционной России в соответствии с дореволюционным российским законодательством. Во Франции это будет иностранное судебное решение о разводе. Каким бы ни было в этих случаях основание юрисдикционной компетенции церкви, она всегда будет принимать в суверенном или полусуверенном государстве форму суверенитета этого государства в области правосудия. Квалификация вынесенных в таком порядке решений как иностранных судебных решений во Франции обязана международному уважению организации его юрисдикционной системы» [Бартен Э., 2019: 410–411]⁵⁰.

Однако идее столь широкого признания решений иностранных религиозных судов противостоит современный подход к пониманию судебного решения, признание и исполнение которого предусмотрено в международном договоре: в пояснении к проекту Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019) разъясняется, что употребленный в Конвенции термин «суд» не должен охватывать негосударственные органы, например, религиозные суды. Аналогичная позиция отражена в пояснительной записке к Типовому закону Содружества Наций о признании и ис-

⁵⁰ Законодательство некоторых стран допускает признание и исполнение решений и религиозных судов. Так, согласно ст. 2 Закона Иордании об исполнении иностранных судебных решений (1952) вынесенное за пределами Иордании судом, включая религиозные суды, решение в рамках гражданского разбирательства может выступать объектом признания и исполнения, если оно подлежит исполнению в качестве решения суда в соответствии с законодательством страны его принятия. См.: Enforcement of Foreign Judgments in Jordan. Available at: <https://www.tamimi.com/law-update-articles/enforcement-of-foreign-judgments-in-jordan-2/> (дата обращения: 05.09.2019)

полнении иностранных судебных решений (2017)⁵¹, где указано: такие виды судов, как религиозные суды, существующие в некоторых государствах, исключаются из сферы действия Типового закона (п. 2)⁵².

Суд ЕС в 2017 г. по одному из дел (применительно к признанию последствий расторжения брака религиозным судом) истолковал Регламент ЕС № 1259/2010 о расширении сотрудничества в отношении права, подлежащего применению к расторжению брака и раздельному проживанию супругов⁵³, в том смысле, что развод, являющийся результатом одностороннего заявления одного из супругов в религиозном суде, не подпадает под сферу действия Регламента, который охватывает исключительно разводы, объявленные либо национальным судом, либо государственным органом или под его надзором⁵⁴.

В российской судебной практике вопрос может возникнуть, например, применительно к признанию и исполнению на территории РФ решений действующих в Киргизии судов аксакалов. Образование этих судов на территории Киргизии в 1993 г. свидетельствует о возрождении такого института обычного права киргизов, как народный суд биев [Турсунбаева Н.С., 2015: 155]. Сегодня деятельность судов аксакалов на основе норм обычного права (с учетом местных обычаев и традиций, киргизского менталитета в целом) является конституционно разрешенной: согласно ст. 59 Конституции Киргизии (2010) граждане вправе формировать такие суды из числа мужчин и женщин, пользующихся уважением и авторитетом (аксакалов). Полномочия и деятельность судов аксакалов определены Законом Киргизии от 05.07.2002 № 113 «О судах аксакалов»⁵⁵. Суды аксакалов, не включенные в государственную судебную систему, рассматриваются как «альтернативная форма правосудия» [Турсунбаева Н.С., 2015: 155]. Вместе с тем, следует от-

⁵¹ Содружество Наций (Commonwealth of Nations, до 1946 года — Британское Содружество Наций) — добровольное объединение суверенных государств, в которое входят Великобритания и почти все ее бывшие доминионы, колонии и протектораты. Членами Содружества также являются Мозамбик, Руанда, Намибия и Камерун.

⁵² Available at: http://thecommonwealth.org/sites/default/files/key_reform_pdfs/D16227_1_GPD_ROL_Model_Law_Rec_Enf_Foreign_Judgements.pdf (дата обращения: 05.09.2019)

⁵³ OJEU № L 343. 29.12.2010.

⁵⁴ *Soha Sahyouni v Raja Mamisch* (CJEU Case C-372/16). Available at: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0372&lang1=en&type=TXT&ancre=> (дата обращения: 05.09.2019)

⁵⁵ Согласно данному Закону, суды аксакалов — это создаваемые на добровольных началах и на основе выборности и самоуправления общественные органы, призванные рассматривать материалы, направляемые им в установленном порядке судом, прокурором, другими правоохранительными органами, а также дела о спорах между гражданами по заявлению самих граждан для разрешения имущественных и семейных споров с целью достижения примирения сторон (ст. 4).

метить норму упомянутого Закона Киргизии, отражающую их связь с государственными судами: в случае неисполнения сторонами решения суда аксакалов в установленный им срок районный или городской суд в порядке, установленном гл. 47 ГПК Киргизии (2017), выдает исполнительный лист на принудительное исполнение такого решения (ст. 32).

Признание решений судов аксакалов, не требующих принудительного исполнения (например, о расторжении брака), можно соотнести с нормой ст. 50 Договора между РФ и Киргизией о правовой помощи (1992)⁵⁶, предусматривающей признание не требующих по своему характеру исполнения решений, вынесенных «компетентными учреждениями по гражданским и семейным делам».

Применительно к Киевскому соглашению ставится вопрос о возможности признания и исполнения в государствах — членах Евразийского экономического союза (ЕАЭС) решений Суда Международного финансового центра «Астана»⁵⁷, не входящего в судебную систему Казахстана. К.Л. Брановицкий считает, что отсутствие упоминания о возможности признания и исполнения решений этого Суда в многосторонних соглашениях подразумевает, что суд члена ЕАЭС при поступлении заявления о признании и исполнении такого решения с высокой долей вероятности откажет в признании [Брановицкий К.Л., 2018: 329–330].

Регулирование признания и исполнения решений подобных органов, целью которого является установление взаимопонимания сторон в отношении принудительного исполнения решений каждой из сторон о взыскании денежных сумм в судах другой стороны, в настоящее время становится актуальным. Получает распространение практика заключения подобными квази-судебными органами отдельных двусторонних соглашений, обеспечивающих трансграничный оборот принимаемых ими решений. Примером может служить заключенный в 2015 г. между Верховным Судом Казахстана и судами Дубайского международного финансового центра (Dubai International Financial Centre, DIFC) Меморандум⁵⁸, касающийся взаимного признания и исполнения судебных решений о взыскании денежных сумм. В нем предусматривается, что суды DIFC, созданные в соответствии с Законами эмирата Дубай (2004) и состоящие из трибунала по малым требованиям, суда первой инстанции и апелляционного суда, составляют часть

⁵⁶ Бюллетень международных договоров. 1995. № 3. С. 16–36.

⁵⁷ См.: Конституционный закон Республики Казахстан от 07.12.2015 № 438-V «О Международном финансовом центре «Астана».

⁵⁸ Подобного рода документ подписан судами DIFC и с иными зарубежными органами, например, с Федеральным окружным судом южного округа Нью-Йорка (США), Коммерческим судом отделения королевской скамьи Высокого суда правосудия (Великобритания), Верховным Судом Сингапура.

правовой системы ОАЭ⁵⁹; они рассматривают гражданские и коммерческие споры, связанные с деятельностью Дубайского центра, или споры, в отношении которых стороны заключили соглашение о юрисдикции. В Меморандуме перечисляются требования к решениям судов DIFC, предъявляемым к принудительному исполнению в Казахстане, среди которых, в частности, указывается их окончательность и безусловность⁶⁰.

От решений иностранных судов необходимо отличать решения международных судебных учреждений (например, ЕСПЧ), которые не включены в судебную систему ни одного государства и являются наднациональными образованиями. Они создаются на основании международных договоров и распространяют свою юрисдикцию на те государства, которые подписали и ратифицировали соответствующий международный договор. Механизм исполнения актов таких органов иной, нежели процедура исполнения актов иностранных государств. Попытки приведения в исполнение на территории РФ постановлений ЕСПЧ в порядке, установленном для признания иностранных судебных решений, не получили поддержки со стороны российских судов. Мосгорсуд по одному из дел указал, что ЕСПЧ не является иностранным судом, чье решение может быть признано в порядке, предусмотренном ст. 409 ГПК РФ⁶¹.

2.2. Судебные постановления, подлежащие признанию и исполнению.

В международных договорах термины «судебное решение», «решение иностранного суда», «судебный акт»⁶² носят обобщенный характер и в отдельных договорах могут охватывать различные постановления суда: решение, постановление, приказ, определение.

⁵⁹ Наряду с судами DIFC существуют федеральные и местные (или эмиратские) суды, образующие судебную систему в ОАЭ. Причем суды Дубая и DIFC принадлежат к одной и той же семье судов Дубая. Оба суда были созданы подзаконными актами, изданными правителем Дубая. Решения, вынесенные судами Дубая и DIFC, в равной степени обязательны для сторон спора. См.: [Nassif K., Purice F., 2017: 72–73].

⁶⁰ Нужно отметить, что между Казахстаном и ОАЭ заключено Соглашение от 16.03.2009 об оказании правовой помощи по гражданским и коммерческим делам, в рамках которого оказывается правовая помощь путем признания и исполнения судебных решений, вынесенных компетентным судом одной из стран (ст. 17).

⁶¹ См.: Апелляционное определение Мосгорсуда от 22.05.2013 по делу № 11-13707. См. также определение ВС РФ по делу № 41-Г05-3.

⁶² См., напр.: Соглашение между Россией и Беларусью (2001), в котором говорится о взаимном исполнении судебных актов арбитражных судов РФ и хозяйственных судов Республики Беларусь // СЗ РФ. 17.02.2003. № 7. Ст. 550.

При определении круга подлежащих признанию и исполнению иностранных судебных решений возникает необходимость установления «границ» действия договорных норм с точки зрения того, какие судебные постановления подпадают под действие соответствующего договора. В каких случаях разного рода определения, судебные приказы, решения об уплате судебных расходов могут быть исполнены?

С учетом, что подходы к пониманию судебных актов во внутреннем законодательстве договаривающих государств могут различаться, в отдельные международные договоры включены уточняющие нормы. Так, в Соглашении между РФ и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных постановлений по делам о взыскании алиментов (2015)⁶³ указано, что под судебным постановлением понимается решение, определение о судебном приказе, судебный приказ, вынесенные компетентным судом договаривающейся стороны в соответствии с законодательством этой стороны (ст. 1). Договор с Грецией о правовой помощи (1981)⁶⁴ понимает под решениями следующие акты: решения по гражданским (включая торговые и семейные) делам; решения об уплате судебных расходов; мировые соглашения, заключенные в суде; приговоры в части, касающейся возмещения ущерба, причиненного преступлением (п. 2 ст. 23). Об исполнении последних упоминается и во многих других договорах⁶⁵. Причем иногда, как, например в Договоре с Кипром о правовой помощи (1984)⁶⁶, говорится о приговорах судов по уголовным делам в части, касающейся возмещения ущерба и других гражданско-правовых требований⁶⁷. В ряде случаев суды исходили из широкого толкования нормы относительно постановлений о взыскании материального ущерба как охватывающей и моральный вред. Например, Гомельский областной суд (Беларусь) на основании Минской конвенции признал и исполнил приговор районного суда Калужской области (Россия) о взыскании с П. денежной компенсации морального вреда, причиненного при совершении преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта. Такая практика, как указал Верховный Суд Республики Беларусь, не противоречит нормам национального законодательства и международных договоров⁶⁸.

⁶³ СЗ РФ. 08.02.2016. № 6. Ст. 768.

⁶⁴ Ведомости ВС Союза ССР. 10.11.1982. № 45. Ст. 839.

⁶⁵ См., напр., договоры о правовой помощи с Болгарией (1975, ст. 47), Египтом (1997, ст. 37), Испанией (1990, ст. 17), Латвией (1993, ст. 50).

⁶⁶ Ведомости ВС Союза ССР. 15.04.1987. № 15. Ст. 199.

⁶⁷ Так, по одному из дел Санкт-Петербургский городской суд разрешил принудительное исполнение приговора Алматинского городского суда (Казахстан) в части взыскания денежных средств с гражданина К. (определение от 11.09.2012 № 33-13525).

⁶⁸ Судовы веснік. 2015. № 1. С. 25.

В некоторых международных договорах используется дефинитивная норма, определяющая отдельно для каждого из договаривающихся государств виды судебных актов, включаемых в объем понятия «иностранное судебное решение». Например, по п. 2 ст. 16 Договора России с Китаем о правовой помощи (1992) термин «судебное решение» означает: в РФ — решение, определение, постановление суда, мировое соглашение, утвержденное судом, а также постановление судьи, вынесенное по существу гражданского дела; в КНР — вынесенное судом решение, определение, постановление и акт примирения.

При всех различиях формулировок в отдельных международных договорах не вызывает сомнения, что стороны во всяком случае имеют в виду судебные решения, вынесенные по существу спора в результате судебного разбирательства, в рамках которого суд, применяя нормы материального права к конкретным правоотношениям, приходит к выводу о действительно существующих правах и обязанностях сторон. Как отмечает Х. Шак, признаны могут быть лишь решения иностранных государственных судов, которые прекращают спор. Правовой спор должен быть разрешен в процессе, соответствующем определенной юридической форме, в котором обе стороны имеют возможность выступить перед судом [Шак Х., 2001: 396].

Акт, в котором разрешается спор по существу, может явиться результатом судебной процедуры, связанной с различиями в порядке разрешения споров в отдельных правовых системах. Следует принимать во внимание и общую тенденцию к упрощению судебного процесса, выражающуюся в установлении для тех или иных категорий дел упрощенной (особой) процедуры. В ряде государств такая процедура установлена в отношении неоспоримых денежных требований, подтвержденных судом на основании сведений, предоставленных истцом (заявителем). Такая процедура дает ответчику (должнику) возможность выбора между выплатой заявителю денежной суммы и подачей возражения. Если в течение определенного срока не будет заявлено возражений, суд объявляет решение (приказ) о выплате подлежащим исполнению.

Таким образом, при применении международных договоров РФ под понятие подлежащего признанию и исполнению иностранного судебного решения должны подпадать те судебные акты, которыми заканчивается разрешение спора по существу либо которыми материально-правовой спор устраняется (прекращается) иным способом, например путем утверждения мирового соглашения. При этом признаваемое и подлежащее исполнению решение иностранного суда может быть вынесено не только судом первой инстанции, но и судами последующих, проверочных инстанций по результатам рассмотрения жалобы (протеста) в апелляционном, кассационном,

надзорном порядке, если спор ими разрешен по существу и судебное постановление вступило в законную силу⁶⁹.

Что касается постановлений иностранного суда по процессуальным вопросам, то они, как правило, не охватываются понятием судебного решения, подлежащего признанию и исполнению, хотя практика решения судами этих вопросов неоднозначна. Так, арбитражный суд РФ рассмотрел ходатайство болгарского предприятия «Е» о признании определения окружного экономического суда Молдовы о процессуальном правопреемстве, в силу которого денежное требование к российской организации, подтвержденное судебным приказом упомянутого молдавского суда, перешло от иностранной фирмы «I» к болгарскому предприятию «Е». Российский суд отказал в удовлетворении данного ходатайства, указав, что ни Киевское соглашение, ни Договор о правовой помощи с Молдовой (1993) не допускают исполнения иных, кроме решений, актов судов договаривающихся государств⁷⁰. Судебная коллегия ВАС РФ согласилась с этим, сочтя, что исполнению подлежат только иностранные решения, вынесенные окончательно по существу спора. При этом коллегия отметила, что в данном случае вопрос о процессуальном правопреемстве должен рассматриваться не иностранным судом, а арбитражным судом РФ в рамках рассмотрения ходатайства о признании и исполнении иностранного решения, вынесенного по существу спора⁷¹.

В то же время Гомельский областной суд по одному из дел признал и исполнил определение мирового судьи судебного участка Ханты-Мансийского автономного округа — Югры о замене взыскателя в исполнительном производстве о взыскании алиментов на несовершеннолетнего. Замена взыскателя в исполнительном производстве влечет изменение содержания исполнительного листа, поэтому определение иностранного суда, как счел белорусский суд, подлежало признанию на территории Беларуси⁷².

Суд Ханты-Мансийского автономного округа — Югры на основании Минской конвенции признал и привел в исполнение определение районного суда Алматы (Казахстан) о повороте исполнения постановления апелляционной инстанции Алматинского городского суда и взыскании денежных средств в порядке поворота исполнения судебного акта⁷³. В судебной прак-

⁶⁹ Например, Гомельский областной суд признал на территории Республики Беларусь апелляционное определение Брянского областного суда о взыскании с П. стоимости ремонта автомобиля // Судовы веснік. 2015. № 1. С. 25.

⁷⁰ См.: Постановление ФАС Московского округа от 06.04.2011 по делу № А40-118678/10-52-1035.

⁷¹ См.: Определение ВАС РФ от 01.08.2011 по делу № А40-118678/10-52-1035.

⁷² Судовы веснік. 2015. № 1. С. 25.

⁷³ См.: Апелляционное определение Суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 31.08.2017 № 33-6266/2017. См. также: Апелляционное определение Мосгорсуда от

тике разрешалось также исполнение на территории РФ и определений иностранных судов о взыскании суммы индексации⁷⁴.

Вынесенные за границей акты о прекращении производства по делу в принципе не подлежат признанию в России. Вместе с тем, нельзя полностью исключать возможность признания таких постановлений. Как отмечает Р.В. Зайцев, в акте иностранного суда о прекращении производства по делу могут быть установлены обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела российским судом, а также может быть решен вопрос о распределении судебных расходов [Зайцев Р.В., 2007: 131]. Например, едва ли российский суд обязан рассматривать исковое заявление, в отношении которого истец в другом судебном процессе, ведущемся за границей, заявил отказ, и иностранный суд на этом основании прекратил производство по делу. В этом случае определение иностранного суда о прекращении производства по делу играет существенную роль. На практике по одному из дел Мосгорсуд, отказывая в приведении в исполнение решения окружного суда города Легница (Польша), по сути, основывал свое решение на акте того же польского суда о прекращении производства по заявленному требованию, т.е. с учетом признания данного акта определил права и обязанности сторон спора на территории РФ⁷⁵.

Не бесспорен вопрос о признании и исполнении определений иностранных судов о принятии мер, которые имеют промежуточное значение (временный характер), прежде всего, обеспечительных мер. По мнению некоторых авторов из Казахстана, под решениями в значении Минской конвенции можно понимать и промежуточные решения, касающиеся принятия обеспечительных мер, поскольку при ином подходе исполнение окончательных судебных решений может оказаться неэффективным. Взаимное исполнение определений об обеспечительных мерах отражает разумное толкование ГПК Казахстана и международных соглашений и может обеспечить исполнение основного обязательства, принятого Казахстаном по Минской конвенции и Киевскому соглашению, — признавать и исполнять окончательные решения судов стран-участниц [Шайкенов В., Идаятова А., 2016: 18]. С точки зрения А.А. Костина, для признания таких определений «отсутствуют какие-либо теоретические или практические препятствия, поскольку это вполне соответствует принципу международной вежливости» [Костин А.А., 2014: 157]. Однако такой позиции придерживаются далеко не все авторы — при

21.03.2018 по делу № 33-4550/2018. Д.В. Конев считает, что акт российского суда, которым разрешается вопрос о повороте исполнения, при наличии установленных прав запрашиваемого государства предпосылок для признания и исполнения такого акта можно рассматривать в качестве самостоятельного объекта трансграничного оборота [Конев Д.В., 2010(а): 27].

⁷⁴ См.: Апелляционное определение Мосгорсуда от 28.09.2016 по делу № 33-33367/2016.

⁷⁵ См.: Определение Мосгорсуда от 31.03.2010 по делу № 3-23/3-2010.

отсутствии в международном договоре прямого указания на взаимное исполнение определений об обеспечительных мерах такие определения рассматриваются как не подлежащие исполнению [Зайцев Р.В., 2014: 132, 134]; [Конев Д.В., 2010 (6): 147].

Судебная практика чаще идет по пути отказа в исполнении определений иностранных судов об обеспечительных мерах. Так, по одному из дел суд кассационной инстанции отменил определение Арбитражного суда Пермской области об исполнении просьбы Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы (Казахстан) о приведении в исполнение определения об обеспечении иска в виде наложения ареста на имущество российской компании. Суд кассационной инстанции исходил из того, что положения Минской конвенции, а также Киевского соглашения не содержат указаний на возможность исполнения иных, помимо решений, актов судов договаривающихся государств. Определения иностранных судов о применении обеспечительных мер (как предварительных, так и для обеспечения иска) не подлежат признанию и исполнению, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательном процессе⁷⁶.

Та же позиция выражена в отношении предъявленного к исполнению определения молдавского суда об обеспечительных мерах, хотя вначале Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области привел в исполнение соответствующее определение о наложении ареста и обращении взыскания на денежные средства, находящиеся на корреспондентских и иных счетах коммерческого банка, в целях погашения долга украинского предприятия перед иностранной компанией. Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа не согласился с нижестоящим судом и отказал в признании и исполнении иностранного судебного акта на том основании, что из содержания ст. 3 Киевского соглашения следует, что признанию и исполнению на территории договаривающихся государств подлежат не определения, а окончательные решения, вынесенные по существу спора⁷⁷.

Вместе с тем, Федеральный арбитражный суд Московского округа признал (со ссылкой, в частности, на Киевское соглашение) необоснованным отказ Арбитражного суда г. Москвы в удовлетворении ходатайства казахского банка о признании вынесенного Специализированным финансовым судом г. Алматы в отношении решения о реструктуризации данного банка⁷⁸. В ходе

⁷⁶ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 09.07.2018 делу № А50-37421/2017.

⁷⁷ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 31.03.2005 по делу № А56-37173/04.

⁷⁸ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 24.06.2010 по делу № А40-24334/10-25-170.

нового рассмотрения решение суда о реструктуризации казахского банка без каких-либо оговорок было признано на территории РФ⁷⁹. При этом из содержания этого решения следует, что казахский суд наряду с введением процедуры реструктуризации банка предписал приостановить исполнение ранее вынесенных судебных постановлений, по которым казахский банк несет перед кредиторами обязательства, подлежащие реструктуризации, а также запретил обращать взыскание на имущество банка. Последние меры весьма близки к мерам по обеспечению иска, но российские суды не усмотрели в этом оснований для отказа в признании.

Практика отказа в признании и исполнении определений иностранных судов об обеспечительных мерах соответствует указаниям высших судебных органов России. Так, согласно п. 26 информационного письма Президиума ВАС от 07.07.2004 № 78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер» положения Киевского соглашения, касающиеся исполнения решений государственных судов, в частности нормы ст. 7 и 8, не содержат указаний на возможность приведения в исполнение иных, помимо решений, судебных актов договаривающихся государств. Определение о применении обеспечительных мер, как сказано в Обзоре, не подлежит признанию и приведению в исполнение в порядке, предусмотренном нормами АПК и Киевского соглашения. В Постановлении Пленума ВАС от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» прямо указано: акты иностранных судов о применении обеспечительных мер не подлежат признанию и исполнению на территории РФ, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательном процессе (п. 33)⁸⁰.

Вместе с тем возможность применения обеспечительных мер (на основании иностранных судебных актов) предусмотрена в некоторых международных договорах в рамках оказания правовой помощи. Так, согласно ст. 5 Договора России с Монголией о правовой помощи (1999), договаривающиеся стороны оказывают друг другу правовую помощь, в частности, посредством ареста имущества для обеспечения гражданского иска.

В дальнейшем в интересах развития сотрудничества стран СНГ было бы желательно расширить исполнение судебных постановлений за счет допу-

⁷⁹ См.: Определение Арбитражного суда города Москвы от 21.09.2010 по делу № А40-24334/10-25-170.

⁸⁰ Указанная правовая позиция последовательно сформулирована в информационном письме Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» (п. 30–32); в Постановлении Пленума ВС РФ от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» (п. 47–52) (далее — Постановление Пленума ВС РФ № 23).

шения признания и исполнения определений о принятии обеспечительных мер при условии направления их копии до исполнения ответчику (должнику) и соблюдения обычного порядка обжалования таких постановлений. В юридической литературе поддерживается любое расширение каталога судебных решений, подлежащих признанию и исполнению на пространстве интеграционных объединений [Брановицкий К.Л., Аленкина Н.Б., 2018: С. 180]. В связи с этим представляется оправданным включение соответствующего правила об исполнении судебных определений относительно обеспечительных мер в Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (2002)⁸¹ (далее — Кишиневская конвенция). По ст. 54 этой Конвенции решения судов о наложении ареста на имущество, включая денежные средства на банковских счетах, в целях обеспечения иска являются объектом признания на территориях стран-участниц данного договора⁸².

На настоящий момент ситуация с признанием и исполнением определений иностранных судов об обеспечении иска, на наш взгляд, в некоторой степени выравнена за счет того, что российский суд признан компетентным принимать обеспечительные меры в поддержку иностранного судебного разбирательства при наличии у него «эффективной юрисдикции». Согласно п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 27.06.2017 № 23 обеспечительные меры по иску, рассматриваемому по существу в суде иностранного государства, могут быть приняты арбитражным судом в РФ по месту нахождения заявителя либо по месту нахождения денежных средств или иного имущества, в отношении которых заявитель ходатайствует о принятии мер по обеспечению имущественных интересов, либо по месту нарушения прав заявителя. То обстоятельство, что российский суд не обладает компетенцией по рассмотрению основного спора в соответствии с нормами о международной подсудности, не препятствует ему принять меры в обеспечение иска, рассматриваемого по существу иностранным судом. Указанный механизм взаимодействия иностранных судебных процессов (процесса по существу спора и процесса по принятию обеспечительных мер) направлен на эффективную защиту прав участников гражданского оборота⁸³.

⁸¹ Документ вступил в силу для Азербайджана, Беларуси, Казахстана, Киргизии, Армении, Таджикистана. Россия Конвенцию подписала, но не ратифицировала.

⁸² Сходное регулирование содержит и упомянутый Регламент ЕС № 1215/2012, где под решением понимается и решение о временных, в том числе охранных мерах, принятое судом или трибуналом, компетентным в соответствии с данным Регламентом в отношении основного дела. Судебное решение не охватывает временные меры, в том числе охранные, принятые судом или трибуналом без вызова ответчика, разве только решение, содержащее указанную меру, было вручено ответчику до исполнения (ст. 2 (а)).

⁸³ См. также определение ВС РФ от 28.03.2018 по делу № А41-20656/2017.

2.3. Судебный приказ как один из видов судебных постановлений

Судебные приказы отдаются без судебного разбирательства, без вызова взыскателя и должника и заслушивания объяснений, но при этом содержат ответ по существу заявленных материально-правовых требований. Имея много общего с судебным решением, судебный приказ, тем не менее, не является по российскому процессуальному законодательству его разновидностью — это судебное постановление упоминается в ст. 13 ГПК РФ и ст. 15 АПК РФ наряду с решениями и определениями суда.

Возможность быстрого взыскания денежных сумм при отсутствии спора о праве имеет существенное значение не только в отношениях внутри страны, но и в отношениях граждан и организаций различных государств. Стремление реализовать в международной сфере преимущества быстрого и упрощенного судопроизводства приводит к договоренностям государств о взаимном признании и исполнении судебных приказов. Как отмечает К.Л. Брановицкий, в Европе еще в 1984 г. задача по «обеспечению доступа сторон к упрощенным и более быстрым формам судопроизводства» была названа в качестве одной из приоритетных в рекомендациях Комитета министров Совета Европы № R (84) 5 «Относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы» [Брановицкий К.Л., 2018: 163]. Эта задача была реализована, в частности, в Регламенте ЕС № 1896/2006 о введении Европейского приказного производства⁸⁴, который направлен на упрощение, ускорение судебного разбирательства и сокращение судебных издержек при рассмотрении трансграничных бесспорных имущественных исков путем учреждения Европейского исполнительного листа с его последующим свободным обращением внутри ЕС⁸⁵. В преамбуле к данному Регламенту указывается: быстрое и эффективное погашение неуплаченных долгов, по которым нет правовых разногласий, имеет огромное значение для экономических операций внутри ЕС, просрочка

⁸⁴ Regulation (EC) of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure // OJEU № L 399. 30.12.2006. Ранее в ЕС был принят Регламент № 805/2004 о введении Европейского исполнительного листа по бесспорным требованиям (Regulation (EC) of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims // OJEU № L 143. 30.04.2004), согласно которому судебное решение по бесспорному требованию, удостоверенное Европейским исполнительным листом в одном государстве-члене ЕС, должно быть признано и исполнено в другом государстве-члене ЕС без дополнительных процедур подтверждения его правомерности и возможности исполнения, а также без возможности отказать в исполнении (ст. 5).

⁸⁵ По ст. 19 Регламента ЕС № 1896/2006 Европейский исполнительный лист, подлежащий принудительному исполнению в выдавшем его государстве-члене ЕС, должен признаваться и исполняться в других государствах-членах ЕС. Это исключает необходимость отдельно заявлять об обязательности его исполнения и устраняет любые препятствия в его признании.

платежа является основной проблемой, угрожающей выживанию бизнеса, в особенности малого и среднего (§ 6).

Об актуальности исполнения судебных приказов свидетельствует и то, что соответствующая норма включена в Гаагскую конвенцию об исполнении иностранных судебных решений (2019). Статья 3 предусматривает, что понятие «судебное решение» означает любое решение суда по существу, «включая постановление или приказ» (п. 1 (b)).

На постсоветском пространстве в 1990-е годы при заключении странами СНГ Киевского соглашения и Минской конвенции институт приказного производства не имел распространения во внутреннем законодательстве этих стран. Соответственно, не были упомянуты судебные приказы и в этих международных документах, как и в заключенных ранее РФ (Союзом ССР) двусторонних договорах о правовой помощи. В настоящее время указание на исполнение судебных приказов можно найти лишь в Договоре с Индией о правовой помощи (2000)⁸⁶.

Отношение судов к исполнению судебных приказов применительно к договорам России о правовой помощи, не указывающим на такие приказы, отражает вывод, к которому пришел Приморский краевой суд по одному из дел: положения Договора с Польшей о правовой помощи (1996) предусматривают исполнение только решения суда и мирового соглашения (ст. 52) и не предусматривают возможности исполнения на территории Польши иного судебного постановления, в том числе и судебного приказа. Поэтому направление за границу для исполнения на основании двусторонних договоров РФ о правовой помощи судебных приказов российских судей не может иметь места⁸⁷.

В некоторых странах СНГ приняты законодательные акты, ограничивающие возможность вынесения судами судебных приказов в отношении нерезидентов. В России и ряде других государств СНГ действует правило, согласно которому судья отказывает в принятии заявления о вынесении судебного приказа, если место жительства или место нахождения должника находится вне пределов данного государства (п. 2 ч. 3 ст. 125 ГПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 229.4 АПК РФ, пп. 2 ч. 1 ст. 138 ГПК Казахстана (2015), ч. 1 ст. 249 ГПК Киргизии (2017), п. «b» ч. 2 ст. 348 ГПК Молдовы (2003))⁸⁸. Соответственно, отпадает

⁸⁶ В ст. 3 данного Договора указано: правовая помощь по гражданским и торговым делам включает в себя признание и исполнение судебных решений, включая судебные приказы // СЗ РФ. 15.05.2006. № 20. Ст. 2160.

⁸⁷ См.: Апелляционное определение Приморского краевого суда от 04.10.2018 по делу № 33а-9608/2018; сходное мнение высказано в апелляционном определении Кировского районного суда Приморского края от 28.03.2019 по делу № 11-11/2019.

⁸⁸ В современной доктрине обосновывается необходимость отхода от такого добровольного ограничения международной компетенции в сфере приказного производства. См., напр.: [Брановицкий К.Л., 2019: 12].

вопрос об исполнении судебных приказов за границей по месту жительства должника. Однако в ряде стран СНГ⁸⁹ подобная норма отсутствует.

Применительно к Киевскому соглашению, где указание на судебные приказы отсутствует, истолкование его в том смысле, что судебные приказы признанию и исполнению не подлежат, дано Экономическим Судом СНГ в 2016 г. по запросу Высшего экономического суда Республики Таджикистан. Суд разъяснил, что положения Киевского соглашения применимы исключительно для признания и приведения в исполнение судебных решений, вынесенных по итогам судебного разбирательства с участием сторон спора, и термин «судебное решение» в контексте Соглашения не может применяться к судебному приказу. Такое толкование обосновано тем, что при заключении Соглашения вопрос о признании и исполнении судебных приказов не мог быть предметом рассмотрения в связи с отсутствием института приказного производства в процессуальном законодательстве государств — участников. Кроме того, требование представления заинтересованной стороной исполнительного документа и доказательств извещения другой стороны позволяет, по мнению Суда, толковать Соглашение лишь в том смысле, что его нормы применимы исключительно к признанию и исполнению решений, вынесенных по итогам разбирательства с участием сторон спора⁹⁰.

Российские суды, как правило, следуют этому разъяснению. Однако в ряде случаев они исходили из расширительного толкования употребляемого в Киевском соглашении понятия «решение». Так, российский арбитражный суд со ссылкой на Соглашение признал и привел в исполнение приказ, выданный судом Молдовы. Несмотря на то, что в поданной должником жалобе обращалось внимание на форму приводимого в исполнение акта иностранного суда, суд кассационной инстанции счел вывод российского суда верным, поскольку должник (российская компания) своевременно и надлежащим образом был уведомлен иностранным судом о вынесении приказа и реализовал свое право на его обжалование (иностранный суд отказал компании в отмене судебного приказа)⁹¹. По другому делу российский арбитражный суд привел в исполнение судебный приказ Специализированного экономического суда Павлодарской области (Казахстан), сочтя, что основания для отказа отсутствуют⁹².

⁸⁹ См., напр.: ст. 279 ГПК Азербайджана (1999), ст. 140 и 141 Экономического процессуального кодекса Узбекистана (2018).

⁹⁰ См.: Решение Экономического Суда СНГ от 17.06.2016 № 01-1/1-16.

⁹¹ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 07.09.2016 по делу № А32-15243/2016.

⁹² См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.10.2017 № А45-8072/2017.

Что касается Минской конвенции, то отсутствие в ней определения понятия «судебное решение» ведет к тому, что в каждой стране-участнице оно понимается в соответствии с внутренним законодательством, и здесь едва ли можно говорить о полном единстве судебной практики. Так, районным судом города Ярославля был выдан судебный приказ о взыскании с Ю. в пользу Б. алиментов на содержание несовершеннолетнего ребенка. Поскольку Ю. проживал в Казахстане, суд направил туда судебный приказ для исполнения. Однако администратором судов Костанайской области Казахстана судебный приказ был возвращен в российский суд без исполнения как не подпадающий под действие ст. 51 Минской конвенции⁹³.

По другому делу Мосгорсуд, несмотря на отсутствие в Минской конвенции и Договоре России с Киргизией о правовой помощи (1992) норм об исполнении судебных приказов, привел в исполнение на территории РФ судебный приказ городского суда Жалал-Абадской области Киргизии о взыскании алиментов на детей⁹⁴.

Как видно, отсутствие в Киевском соглашении и Минской конвенции автономного толкования понятия «судебное решение» приводит к неустойчивости судебной практики в отношении приказов, хотя наличие применительно к Киевскому соглашению толкования этого понятия Экономическим судом СНГ способствует ее единообразию.

Особняком стоит Соглашение России с Беларусью (2015), регулирующее взаимное исполнение судебных постановлений по делам о взыскании алиментов. Согласно этому Соглашению определения о судебном приказе, вынесенные компетентным судом договаривающейся стороны в соответствии с ее законодательством, подлежат исполнению. При этом судебные постановления, вынесенные на территории одной стороны, не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются на территории другой стороны в том же порядке, что и судебные постановления запрашиваемой стороны. Исполнение осуществляется на основании исполнительных документов компетентных судов стороны, на территории которой были вынесены судебные постановления (ст. 2).

Приведенное Соглашение закрепило складывавшуюся судебную практику двух государств. Так, к решениям иностранных судов, признаваемым на территории Беларуси, суды данного государства и до заключения Согла-

⁹³ См.: Постановление президиума Ярославского областного суда от 12.09.2007 № 44-г-177/07.

⁹⁴ См.: Апелляционное определение Мосгорсуда от 14.02.2018 по делу № 33-3260. Такая позиция выражена и в определениях ВС РФ — в отношении постановления суда Республики Молдовы, вынесенного по правилам приказного производства (Определение от 02.02.2010 № 4-Г09-33) и судебного приказа районного суда города Баку Азербайджанской Республики (Определение ВС РФ от 30.03.2010 № 57-Г10-4).

шения относили определения о судебном приказе, вынесенные в порядке упрощенного производства. Например, Гродненский областной суд признал и привел в исполнение судебный приказ районного суда Свердловской области о взыскании с В. задолженности по алиментам на несовершеннолетнего ребенка. Белорусский суд исходил из того, что в деле имеется документ российского суда об исполнении судебного приказа на территории РФ, соответственно, должник был осведомлен о наличии судебного приказа и соглашался с ним, правом на его оспаривание не воспользовался⁹⁵.

Нынешнее состояние внутреннего законодательства России и других стран — участниц рассматриваемых международных договоров относительно судебных приказов отличается от картины 1990-х годов — в нем нашла отражение тенденция к упрощению судопроизводства для обеспечения более широкого доступа к правосудию. Институт приказного производства в настоящее время известен всем странам-участницам Минской конвенции. При реформировании гражданского процессуального законодательства в ряде стран был решен вопрос о возможности исполнения судебных приказов и применительно к трансграничным отношениям. Так, согласно ч. 1 ст. 501 ГПК Казахстана (2015) судебные приказы иностранных судов признаются и приводятся в исполнение, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Казахстаном, либо на основе взаимности. В ч. 2 ст. 346 ГПК Армении (2018) указано, что иностранным судебным актом, подлежащим признанию и исполнению в Армении, считается заключительный судебный акт, принятый судебным органом другого государства, независимо от его наименования, который имеет правовую силу в государстве, в котором был принят, в том числе выданные судебные приказы и приказы о платеже.

Включение во внутреннее законодательство норм относительно приказного производства позволяет вернуться к обсуждению вопроса об исполнении судебных приказов в странах-участницах соответствующих международных договоров. Возрастающая потребность в облегчении взыскания денежных сумм в других государствах в конкретных ситуациях (взыскание в бесспорном порядке разного рода задолженности, зарплаты, алиментов) делает исполнение судебных приказов в этих странах весьма востребованным.

Что касается содержащегося в Минской конвенции, как и во всех других международных договорах о правовой помощи, регулирующих признание и исполнение иностранных судебных решений, требования обязательного извещения ответчика (должника) о рассмотрении дела — известного «каменная преткновения» при решении вопроса об исполнении судебного прика-

⁹⁵ Судовы веснік. 2015. № 1. С. 25.

за — то следует, на наш взгляд, принимать во внимание то обстоятельство, что судебный приказ выносится по бесспорным требованиям и подлежит исполнению только после истечения определенного срока для подачи возражений должника. Согласно российскому законодательству, суд высылает должнику копию судебного приказа, на который должник в установленный срок может представить возражения относительно его исполнения.

Подобное регулирование приказного производства может быть рассмотрено как один из вариантов извещения заинтересованного лица (должника). Судебная практика иногда использует этот аргумент. Так, по одному из дел судебная коллегия ВС РФ, применяя Минскую конвенцию, сочла обоснованным отказ нижестоящего суда в принудительном исполнении судебного приказа, выданного судом Украины, по тому основанию, что должник не принял участия в разбирательстве в иностранном суде вследствие невручения ему вызова в суд. Российский суд, как отметила коллегия, не учел, что, хотя в силу ст. 102 ГПК Украины выдача судебного приказа проводится без судебного заседания и вызова взыскателя и должника, после выдачи судебного приказа суд безотлагательно высылает его копию должнику заказным письмом с уведомлением (ст. 104). Одновременно с копией судебного приказа должнику направляется копия заявления кредитора с копиями приложений к нему документов и разъясняется право в случае возражения против требований подать заявление об отмене судебного приказа. С учетом названных положений иностранного закона российскому суду, как указал ВС РФ, следовало при рассмотрении ходатайства установить, направлялась ли должнику копия судебного приказа. Ненаправление и невручение должнику копии судебного приказа и, соответственно, отсутствие у него возможности подать возражения против заявленных требований равнозначно тому, что должник не был извещен о процессе и не принял в нем участия⁹⁶.

Таким образом, ВС РФ применительно к судебному приказу истолковал содержащееся в Минской конвенции условие о своевременном и надлежащем вручении ответчику вызова в суд в том смысле, что гарантией соблюдения данного условия служит направление должнику копии судебного приказа в целях соблюдения права на подачу возражений против исполнения такого акта⁹⁷. Сходная позиция была отражена в Обзоре судебной практики ВС Беларуси, где применительно к конкретному делу указано: суды правильно учитывали, что, несмотря на отсутствие документа, подтверждающего вызов должника в иностранный суд, он был осведомлен о соответствующем

⁹⁶ См.: Определение ВС РФ от 06.10.2009 № 53-Г09-22.

⁹⁷ По сути, у ВС РФ не возникло сомнений в том, что Минская конвенция и ряд других договоров о правовой помощи (с Азербайджаном, Молдавией) предусматривают возможность признания и исполнения на территории договаривающихся стран судебных приказов.

судебном процессе, возражений не направляя, исполнял судебный приказ, выплачивая денежные суммы в пользу взыскателя⁹⁸.

В связи с этим в принципе нельзя не поддержать вывода К.Л. Брановицкого о том, что «проведение подобных параллелей не только допустимо, но и необходимо в тех случаях, когда законодательство государства принятия не содержит прямого запрета на вынесение судебных приказов против нерезидентов». Автор считает желательным в рамках ЕАЭС предусмотреть исполнение судебных приказов в новом многостороннем соглашении или внести изменения в существующие международные документы [Брановицкий К.Л., 2018: 340, 346].

Следует также иметь в виду, что на сегодняшний день уже существует механизм исполнения судебных приказов (по делам о взыскании алиментов) в отношениях с Беларусью, и он действует на практике.

При обсуждении вопроса о целесообразности внесения изменений в Минскую конвенцию следовало бы с учетом приведенных аргументов обсудить и вопрос о целесообразности изменения в том же направлении нынешней позиции в отношении Киевского соглашения. Едва ли есть достаточные основания для иного, по сравнению с Минской конвенцией, подхода к регулированию исполнения судебных приказов в сфере хозяйственных отношений.

Что касается нормы п. 2 ч. 3 ст. 125 ГПК РФ и п. 2 ч. 3 ст. 229.4 АПК РФ о невыдаче судебных приказов в отношении должников, имеющих место жительства (место нахождения) за пределами РФ, то в случае включения в международные договоры правила, допускающего взаимное исполнение судебных приказов, она, очевидно, потребует корректировки: в отношениях с соответствующим государством норма российского законодательства не будет соответствовать интересам российских кредиторов, имеющих претензии к должникам, проживающим (находящимся) на территории государства, с которым на международном уровне достигнута договоренность об исполнении судебных приказов (тогда как иностранные кредиторы получают возможность требовать исполнения иностранных судебных приказов в отношении российских должников). Надо сказать, что и в настоящее время эта норма не соответствует интересам российских кредиторов в случае, когда речь идет о недопущении вынесения российским судом приказа в отношении должника, проживающего в государстве, международный договор России с которым предусматривает взаимное исполнение судебных приказов (Индия). При этом норма ст. 15 Конституции РФ о преимущественном применении международного договора в данном случае не может быть применена, поскольку речь идет о разном предмете регулирования: законодательство РФ ограничивает компетенцию российских судов, не допуская выдачу приказов в отношении нере-

⁹⁸ Судовы веснік. 2015. № 1. С. 25.

зидентов, а международный договор, не затрагивая вопросов компетенции судов договаривающихся государств в отношении выдачи приказа, решает только вопрос об исполнении приказов за границей.

Вопрос о действии указанных норм ГПК и АПК возникнет, очевидно, и применительно к Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019), если Россия примет решение стать ее участницей, поскольку эта Конвенция предусматривает признание и исполнение судебных приказов (ст. 3).

Заключение

Разрешение трансграничных споров и возможность исполнения судебных решений за границей являются важной составляющей успешного ведения бизнеса, а также благополучия граждан каждой страны. В механизме правового регулирования трансграничного оборота судебных актов значительную роль играет определение круга подлежащих признанию и исполнению иностранных судебных решений.

Поскольку в России иностранные судебные решения признаются и исполняются лишь при наличии международного договора, предусматривающего такое признание и исполнение, объект признания и исполнения должен рассматриваться применительно к соответствующим договорным нормам. Признание иностранных судебных решений, не требующих исполнения, допускается в установленных федеральным законом случаях и при отсутствии международного договора.

Анализ норм международных договоров РФ, очерчивающих так или иначе круг подлежащих признанию и исполнению судебных решений, исследование позиций судов, применяющих договорные нормы, а также российского законодательства и доктрины приводит к следующим выводам.

С точки зрения характера дела, по которому вынесено решение, признанию и исполнению в России подлежат решения по делам, рассматриваемым в международном договоре в качестве гражданских (автономная квалификация). Квалификация дела в качестве гражданского зависит от характера спора, не обязательно от характеристики суда, принявшего решение (гражданский, коммерческий, уголовный, административный). В практике применения судами Минской конвенции отмечается широкий подход судов к пониманию гражданского дела как охватывающего помимо семейных и трудовые дела. Такой подход отвечает духу Конвенции и не наносит урона российской правовой системе, где трудовое право рассматривается как самостоятельная отрасль, поскольку речь идет о частноправовых отношениях. Реализация иностранного судебного решения по делу, выходящему за рамки

частноправового спора, возможна только в случаях, прямо оговоренных в международном договоре.

Под действие договорных норм подпадают акты, принятые государственными судами. Решения религиозных судов и иных «квази-судебных» органов исключаются из сферы действия международных договоров России. Прямого указания на признание и исполнение решений религиозных судов не содержит ни один из международных договоров РФ⁹⁹. Вместе с тем следует обратить внимание, что в некоторых из двусторонних договоров России о правовой помощи упоминается о признании и исполнении решений «компетентных учреждений», в связи с чем применительно к этим договорам может быть при определенных условиях поставлен вопрос о признании и исполнении решений религиозных судов («квази-судебных» органов).

Подлежащий признанию и исполнению иностранный акт, независимо от его процессуальной формы (решение, определение, постановление, приказ) должен быть актом, вынесенным по существу спора. Решение должно быть вынесено от имени суверенной верховной власти иностранного государства и являться результатом правоприменительной деятельности по осуществлению правосудия (применения нормы материального права к конкретным правоотношениям) с использованием судебной процессуальной формы. Постановления суда по процессуальным вопросам, как правило, не подпадают под понятие судебного решения, подлежащего признанию и исполнению. В интересах дальнейшего развития сотрудничества стран СНГ, участвующих в Минской конвенции и Киевском соглашении, желательно расширить возможность исполнения судебных постановлений, в частности, за счет допущения исполнения определений о принятии обеспечительных мер при условии направления их копии до исполнения ответчику (должнику) и соблюдения обычного порядка обжалования таких определений.

Нуждается в обсуждении и вопрос об исполнении иностранных судебных приказов. При применении Минской конвенции у судов общей юрисдикции не возникало сомнений в том, что эта Конвенция допускает возможность признания и исполнения на территории договаривающихся государств таких актов. В то же время практика применения Киевского соглашения иная. С учетом общей тенденции к упрощению судебного процесса целесообразно было бы закрепить возможность исполнения судебных приказов в рамках Минской конвенции, как и Киевского соглашения.

⁹⁹ В ряде случаев это предусматривается в международных документах (см., напр.: Конвенцию между Великобританией и Израилем о признании и исполнении судебных решений (1970); Меморандум между Верховным Судом Республики Казахстан и Судами Дубайского международного финансового центра о признании и исполнении решений по денежным требованиям (2015)).

Кроме того, вызывает сомнение целесообразность содержащейся в российском процессуальном законодательстве нормы об отказе в принятии судом заявления о вынесении судебного приказа на том основании, что место жительства или место нахождения должника находятся вне пределов РФ (п. 2 ч. 3 ст. 125 ГПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 229.4 АПК РФ). При наличии в международном договоре РФ указания на исполнение судебного приказа (такое указание есть в Договоре с Индией) данная норма фактически ставит российских участников спора в неравное положение с иностранными участниками (лицами, имеющими место жительства или нахождения за границей). Этот же вопрос возникнет и применительно к Гаагской конвенции об исполнении иностранных судебных решений (2019), если Россия примет решение стать ее участницей.



Библиография

Бартен Э. Основы международного частного права согласно французскому законодательству и судебной практике. М.: Статут, 2019. Т. I. 559 с.

Брановицкий К.Л. Сближение (гармонизация) гражданского процессуального права в рамках Европейского союза и на постсоветском пространстве (сравнительно-правовой аспект). М.: Статут, 2018. 399 с.

Брановицкий К.Л. Сближение гражданского процессуального права в Европейском союзе и на постсоветском пространстве (сравнительно-правовой аспект): автореф. дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2019. 30 с.

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.

Вольф М. Международное частное право. М.: Изд-во иностр. лит., 1948. 702 с.

Воронов А.Ф. Признание и исполнение иностранных судебных решений в Союзе ССР: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1987. 21 с.

Зайцев Р.В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов. М.: Волтер Клувер, 2007. 208 с.

Иссад М. Международное частное право. М.: Прогресс, 1989. 400 с.

Конев Д.В. (а) Особенности приостановления исполнения судебных актов по делам о выдаче экзекватуры и по делам с участием иностранных лиц в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. N 5. С. 25–28.

Конев Д.В. (б) Признание и приведение в исполнение иностранных судебных актов по гражданским и торговым делам в Германии и России: сравнительно-правовой анализ. М.: Волтерс Клувер, 2010. 272 с.

Костин А.А. Некоторые аспекты признания и приведения в исполнение иностранных судебных актов в арбитражном процессе РФ // Российский юридический журнал. 2014. N 3. С. 151–159.

Лебедев В.М. (ред.). Определения Верховного Суда Российской Федерации по гражданским, трудовым и социальным делам, 2006–2007: сборник. М.: Норма, 2009. 912 с.

Морозова Ю.Г. Отказ в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: основания публичного характера // Вестник ВАС РФ. 2000. N 7. С. 142–147.

Турсунбаева Н.С. Деятельность судов аксакалов в Кыргызской Республике // Вестник Кыргызско-Российского Славянского университета. 2015. Т. 15. N 2. С. 155–158.

Шайкенов В., Идаятова А. Исполнение в Казахстане обеспечительных мер, принятых российским судом // Legal Insight. 2016. N 9. С. 16–19.

Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М.: БЕК, 2001. 560 с.

Nassif K., Purice F. Enforcement of foreign judgments and foreign awards: the DIFC conduit. *International Journal of Arab Arbitration*, 2017, no 1, pp. 71–82.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Foreign Judgment as Object of Recognition and Enforcement in the Russian Federation



Natalia I. Marysheva

Chief Researcher, Department of Private International Law, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



Andrey I. Schukin

Leading Researcher, 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, Russian Federation. E-mail: pil@izak.ru



Abstract

Recognition and enforcement of foreign courts decisions is an important guarantee of protection of the rights and legitimate interests of individuals and legal entities and a necessary part of an effective system of international legal cooperation. In the mechanism of legal regulation of cross-border turnover of judicial acts, one of the main issues is the definition of the object of recognition and enforcement. In Russia, the range of decisions subject to recognition and enforcement is defined in international treaties of the Russian Federation, which provides for such recognition and enforcement, while in the case of recognition of decisions that do not require enforcement — also in Federal laws of the Russian Federation. The aim of the study is to analyze the Treaty rules that determine which foreign judgments are subject to recognition and enforcement in the territory of the Russian Federation, to identify controversial issues in the practice of their application by courts, to find ways to improve Treaty rules, to achieve uniformity in the understanding of their courts. The article analyzes the provisions of the Minsk Convention of the Commonwealth of Independent States (1993), the Kiev agreement of these countries (1992), bilateral treaties of the Russian Federation on legal assistance (more than thirty of them) and other treaties providing for the recognition and enforcement of foreign judgments, Russian legislation and law enforcement practice. Modern trends in

the regulation of these relations are taken into account, in particular: the materials of the Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial cases (2019) are used. The range of foreign judgments subject to recognition and enforcement is determined by different vectors, taking into account the specific characteristics of judicial acts and proceedings in which they are adopted. A foreign judgment as an object of recognition and enforcement is considered from the point of view, firstly, of the nature of the case on which the decision was made (civil, family, labor or a separate category of civil cases), secondly, of the body that made the decision (state court or other body), and thirdly, of the procedural form (decision, determination, order).



Keywords

court, foreign judgment, foreign judicial decision recognition, enforcement of foreign judgments, object, international civil process.

For citation: Marysheva N.I., Schukin A.I. (2020) Foreign Judgment as Object of Recognition and Enforcement in the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 45–83 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.45.83



References

- Barten E. (2019) *Basics of private international law under French law and jurisprudence*. Moscow: Statute, p. 559 (in Russian)
- Branovitsky K.L. (2018) *Convergence (harmonization) of civil procedure law within the European Union and in the post-Soviet space (comparative legal aspect)*. Moscow: Statute, 399 p. (in Russian)
- Branovitsky K.L., Alenkina N. B. (2018) Legal regime of recognition and enforcement of foreign judgments in the Eurasian Economic Union. *Vestnik grazhdanskogo processa*, no 6, pp. 168–192 (in Russian)
- Issad M. (1989) *Private International law*. Moscow: Progress, 400 p. (in Russian)
- Konev D.V. (2010a) Peculiarities of suspension of execution of court acts in cases of the issuance of the exequatur and the cases with participation of foreign persons in the arbitration process. *Arbitrazhnyj i grazhdanskij process*, no 5, pp. 25–28 (in Russian)
- Konev D.V. (2010b) *Recognition and enforcement of foreign judicial acts in civil and commercial cases in Germany and Russia: comparative legal analysis*. Moscow: Wolters Kluwer, 272 p. (in Russian)
- Kostin A.A. (2014) Some aspects of recognition and enforcement of foreign judicial acts in the arbitration process of the Russian Federation. *Rossijskij juridicheskij zhurnal*, no 3, pp. 151–159 (in Russian)
- Lebedev V. M. (ed.) (2009). Definitions of the Supreme Court of the Russian Federation on civil, labor and social cases, 2006-2007: collection. Moscow: Norma, 912 p. (in Russian)
- Morozova Yu.G. (2000) Refusal to recognize and enforce foreign judgments and arbitral awards: grounds of public character. *Vestnik VAS*, no 7, pp. 142–147 (in Russian)
- Nassif K., Purice F. (2017) Enforcement of foreign judgments and foreign awards: the DIFC conduit. *International Journal of Arab Arbitration*, no 1, pp. 71–82 (in English)
- Shaikenov B., Idayatova A. (2016) The Performance in Kazakhstan interim measures taken by the Russian courts. *Legal Insight*, no 9, pp. 16–19 (in Russian)

Shak H. (2001) *International Civil Procedure Law*. Moscow: BEK, 560 p. (in Russian)

Tursunbaeva N.S. (2015) Activity of aksakal courts in the Kyrgyz Republic. *Vestnik Kyrgyzsko-Rossijskogo Slavyanskogo universiteta*, no 2, pp. 155–158 (in Russian)

Voronov A.F. (1987) Recognition and enforcement of foreign judgments in the USSR. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 21 p.

Wolf M. (1948) *Private International law*. Moscow: Inostr. lit., 702 p. (in Russian)

Zaitsev R.V. (2007) *Recognition and enforcement of foreign judicial acts in Russia*. Moscow: Wolters Kluwer, 208 p. (in Russian)

Право прохода (проезда) к общественной дороге как ограничение права собственности в интересах соседа в российском и зарубежном праве



И.А. Емелькина

профессор, департамент дисциплин частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: iemelkina@hse.ru



Аннотация

В статье рассматривается конструкция права прохода (проезда) через соседний участок (необходимой дороги) как ограничения права собственности в интересах соседа. Данное право в качестве особого соседского права не известно российскому правопорядку. Предложения о его введении выдвигались в XIX столетии при обсуждении проекта Гражданского уложения Российской империи. Конструкция права необходимой дороги широко используется во многих зарубежных правопорядках как соседское право наряду с частным сервитутом. Зарубежная доктрина и судебная практика разграничивают частный сервитут и право необходимой дороги как соседское право. Актуальность введения конструкции права необходимой дороги в отечественный правопорядок обусловлена современной реформой российского вещного права. О практической потребности данного института в нашей стране свидетельствует обширная судебная практика, которая показывает недостаточность конструкции частного и публичного сервитутов для урегулирования отношений между соседями при установлении права прохода (проезда) к общественной дороге. В статье раскрываются понятие права необходимой дороги как соседского права, его сущность, условия установления, отграничения от вещного сервитута, определение платы и освобождение от нее. Обоснованы предпосылки введения данной конструкции в российское законодательство. Целью статьи является анализ института необходимой дороги как ограничения права собственности в интересах соседа (соседского права) в российском гражданском праве и в развитых зарубежных правопорядках. На основе изучения российской доктрины и судебной практики, а также опыта развитых зарубежных правопорядков подготовлен ряд выводов и предложений, касающихся существования права необходимой дороги как соседского права и необходимости его выделения в отдельную гражданско-правовую категорию. Методологическую основу исследования составили общенаучные методы (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методы юридической науки (в том числе методы сравнительного правоведения, систематического, телеологического и исторического толкования правовых норм).



Ключевые слова

соседское право, ограничения права собственности, вещное право, частный сервитут, публичный сервитут, недвижимость, земельный участок, земельный кадастр, границы права собственности, пределы прав собственности, право доступа.

Благодарности: Публикация подготовлена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (проект № 17-03-0069).

Для цитирования: Емелькина И.А. Право прохода (проезда) к общественной дороге как ограничение права собственности в интересах соседа в российском и зарубежном законодательстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 84–104.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.84.104

Введение

Проблематика сервитутного права в последнее время активно обсуждается в российском юридическом сообществе [Суханов Е.А., 2017: 215–219]; [Синицын С.А., 2018: 26–45]. Актуальной является проблема так называемого «публичного сервитута» для строительства и обслуживания коммунальных объектов [Иванов А.А., 2018], дискутируется вопрос об автономии воли и ее ограничении в сервитутном праве [Краснова Т.В., 2019: 12–38; 145–205]. Перечисленные аспекты сервитутов до сих пор остаются до конца неразрешенными. В настоящей статье поднимается проблема другого плана, также привлекающая интерес исследователей. Она касается определения правовой природы права прохода (проезда) через соседнюю территорию как единственного доступа к общественной дороге. Как известно, в отечественном праве использование соседнего участка для проезда к общественной дороге возможно посредством установления частного сервитута. Появившиеся в 1994 году в гражданском законодательстве весьма скупые по содержанию нормы о сервитутах (ст. 274–276 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ; ГК) почти не претерпели изменений за последние десятилетия, тогда как судебная практика указывает на проблемы в этой области.

Приватизация государственных и муниципальных земель повлекла раздробление территорий бывших государственных предприятий и иных организаций на множество земельных участков. Зачастую разделение земель на отдельные участки происходило без соответствующего определения дорог и иных мест общего пользования для прохода и проезда собственников вновь образованных участков. Усугубляет ситуацию и появившаяся в последнее

время проблема злоупотребления правом собственников земельных участков в виде запрета пользования дорогой владельцам соседних участков.

Допущенная в нашей стране в 1990-х годах свобода частной собственности основывалась на абсолютной концепции власти собственника. Доктрина и законодательство того периода не уделяли должного внимания такому важному аспекту, как ограничения или пределы права собственности. Стоит напомнить, что в российском гражданском законодательстве положения, посвященные границам (пределам) права собственности, скудны.

Несмотря на общую концепцию, закрепленную в ст. 274 ГК о частном сервитуте, основанную на учете баланса интересов всех участников сервитутного правоотношения, в жизни доминируют интересы собственника подчиненного, а не господствующего участка. Владелец участка (господствующего участка), не имеющий доступа к общественной дороге, вынужден просить владельца соседнего участка (подчиненного участка), через который он может пройти (проехать), о таком доступе. Если последний отказывается, владелец господствующего участка вправе обратиться в суд с требованием об установлении сервитута. Очевидно, что рассмотрение вопроса в суде требует длительного времени, затягивается на несколько месяцев, и право пользования собственником участка, лишенного связи с общественной дорогой, все это время остается неопределенным.

Правоприменительная практика российских судов указывает на большое количество споров между собственниками соседних участков, где владелец участка, имеющий выход к общественной дороге, препятствует соседу пользоваться единственным доступом на свою территорию путем возведения заграждения, строительства объектов недвижимости¹. Известен спор, в котором собственник участка, где расположена единственная для нескольких участков дорога, уничтожил ее асфальтовое покрытие и установил забор², в другом случае застроен участок дороги, где расположены подъездные пути соседа³. Имеют место споры, при которых владелец участка, через который имеется единственный доступ к общественной дороге, злоупотребляет завышенной платой за сервитут. Так, истец обратился к ответчику с предложе-

¹ См.: Решение Арбитражного суда Ульяновской области от 22.08.2017. Дело № А72-15762/2016 // СПС Консультант Плюс.

² Истец обратился в суд с требованием об установлении сервитута проезда (прохода) к своему земельному участку. Истец указал, что через земельный участок, принадлежащий ЗАО «Целтвег Бау», он не может проехать к своему земельному участку, поскольку ЗАО ликвидировало асфальтированную дорогу и приступило к капитальному строительству объекта недвижимости. См.: Решение Арбитражного суда Московской области от 02.08.2018. Дело № А41-25432/17 // СПС Консультант Плюс.

³ Из решения суда: «Ответчик приступил к строительству объекта — здания склада на территории, в том числе ранее обремененной сервитутом». См.: Решение Арбитражного суда Ярославской области от 10.07.2018. Дело № А82-498/2018 // СПС Консультант Плюс.

нием о заключении договора об установлении сервитута проезда, однако ответчик отказал, потребовав с истца за обременение сервитутом небольшого участка дороги плату в размере 7 млн. 500 тыс. рублей⁴.

В нашей стране процедура установления сервитута не учитывает, что в период рассмотрения в суде спора о сервитуте в случае абсолютного отсутствия доступа к своему участку интересы такого собственника, лишённого права доступа, остаются незащищёнными. Пока суды рассматривают спор (а в анализируемых спорах этот период может продолжаться несколько месяцев), между соседями продолжается конфликт. Поскольку возможности владельца участка, через который проходит дорога, более гарантированы, то владельцу, который лишён связи с общественной дорогой, ничего не остаётся, кроме подчинения условиям соседа. Зачастую соседям приходится для защиты права на доступ к своей территории обращаться в правоохранительные органы, либо в виде самозащиты насильственно захватывать дороги и т.д. Во многих ситуациях у собственников земли в силу не зависящих от них причин утрачивается право прохода и проезда, механизм восстановления которого не имеет прозрачности. Соответственно приходится говорить о нарушении естественного права человека на пользование принадлежащим ему земельным участком.

В российском праве нет норм, которые разрешали бы владельческую защиту, дали бы в рассмотренной ситуации право временного прохода или проезда через соседний участок, устанавливали законное ограничение права собственности в интересах соседа в виде обязанности предоставить такой доступ без суда (либо до вынесения решения суда) и т.д. Очевидно, что в судебном процессе можно ходатайствовать о наложении обеспечительных мер в виде запрета в отношении соседа загромождать доступ к общественной дороге. Но эта процедура также требует времени и аргументированной позиции истца.

Нашему законодательству не знакомо известное целому ряду развитых правопорядков (Германии, Швейцарии, Франции и т. д.) право необходимой дороги, которое имеет юридическую природу ограничения права собственности соседа в пользу собственника смежного участка, лишённого в силу обстоятельств права прохода или проезда в случае абсолютного отсутствия связи с общественной дорогой. Это право не рассматривается как частный сервитут и являет собой законное ограничение права собственности в виде запрета, стеснения власти собственника, обладающего участком, соединённым с общественной дорогой, в пользу соседа, лишённого такого доступа.

Данный институт — весьма любопытная конструкция, которая отграничивается зарубежной доктриной и практикой многих развитых правопоряд-

⁴ Там же.

ков как от частного, так и от публичного сервитутов, а также договорных обязательств по предоставлению участка в пользование. В рамках настоящей статьи будут показаны причины формирования данного института в зарубежных странах, его актуальность, правовая природа и сущностные характеристики, отличия от сервитутов и соотношение с ними, условия его действия, предпосылки введения данной правовой конструкции в российское право как ограничения права собственности в интересах соседа (соседского права).

1. Понятие и сущность права «необходимой дороги» в зарубежных правовых порядках

Развитые зарубежные правовые порядки, возводя право частной собственности в одно из наиболее важнейших конституционных прав, обосновали доминирование интересов собственника земли, когда он по не зависящим от него причинам лишается права доступа к своему участку над интересами владельцев соседних участков, через которые необходимо обеспечить данный доступ.

Логика законодателя такова — интересы частного собственника, который не по своей вине лишается естественного права владения и пользования своей землей по причине отсутствия доступа к ней, ущемлены гораздо больше, нежели интересы соседей, которые вынуждены не запрещать права прохода через свою территорию за вознаграждение обязаны терпеть действия соседа по проходу. В качестве обязательных условий права прохода выступают: наименьшее обременение права соседа, абсолютное отсутствие доступа к участку, обязанность внести плату до начала осуществления права доступа.

Принято считать, что право необходимой дороги получило два варианта закрепления в действующих законодательствах о собственности.

Во-первых, как ограничение права собственности (Германия, Швейцария, Австрия, Греция и некоторые восточноевропейские страны) и, во-вторых, как легальный сервитут (Франция, американский штат Луизиана). Однако считается, что несмотря на закрепление права необходимой дороги в разделе о легальных сервитутах, эта конструкция — разновидность легального ограничения права собственности, а не сервитута.

Право необходимой дороги в правовых порядках Германии, Австрии, Швейцарии, Латвии, Грузии и др. рассматривается исключительно как ограничение права собственности в интересах соседа, для установления которого не требуется специального соглашения о сервитуте и которое не требует регистрации в реестре.

В швейцарском Гражданском уложении 1907 г. право необходимой дороги «Notweg» регламентировано в разделе об ограничениях земельной собственности (в параграфе о соседском праве) как вид права дороги. Понятие права необходимой дороги вытекает из ст. 694 ZGB⁵.

В германском законодательстве праву необходимой дороги как виду законных ограничений права собственности («Wegrecht») посвящены § 917–918 BGB (Германское гражданское уложение; далее — ГГУ, BGB). Основные положения германского права как ограничения права собственности в интересах соседа следующие. По § 917 BGB при крайней необходимости сосед вправе требовать прохода по чужому участку, если между его участком и общественной дорогой отсутствует необходимое сообщение. Направление прохода и объем права пользования при необходимости устанавливаются по решению суда. При этом ущерб, причиненный соседям необходимой дорогой, должен быть возмещен выплатой денежной ренты (применяются правила абз. § 912-914 и § 916 BGB)⁶. Это право не предоставляется, если прежнее сообщение с общественной дорогой было прекращено самовольными действиями сособственника. Сходное положение вытекает из ст. 694-695 ZGB, а также ст. 180 ГК Грузии.

Таким образом, право необходимой дороги в западных юрисдикциях рассматривается не как частный (вещный, предиальный) сервитут, а как законное ограничение права собственности в интересах соседа и применяется наряду с сервитутом. На сегодняшний день в зарубежной правовой доктрине создано самостоятельное учение о праве необходимой дороги, которое выявило его догматические признаки и позволяет отграничить от сервитутов. И соответственно право необходимой дороги в гражданском законодательстве регламентируется разделами (статьями) об ограничениях права собственности в силу закона.

Наряду с германоязычными странами право необходимой дороги известно и правопорядкам французского типа. Статьи 682-685-1 Гражданского кодекса Франции устанавливает, что собственник вклинившегося участка, который не имеет выхода на общественную дорогу или имеет выход, недостаточный для сельскохозяйственного, промышленного или торгового использования собственности либо строительных или межевых работ, вправе требовать прохода через участки соседей, достаточного для полноценного обслуживания участка с возложением обязанности по выплате возмещения, пропорционального ущербу, который он может причинить⁷.

⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB). Available at: http://www.admin.ch/ch/d/sr/211_432_1/a3.html (дата обращения: 01.12.2019)

⁶ Münchener Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch. Band 6. Sachenrecht. §§854-1296. München, 2004.

⁷ Французский Гражданский кодекс: учебно-практический комментарий. М., 2008.

Книга II глава 3 раздел 3 ГК Луизианы «Право на проход» содержит статьи 689–696. Статьи 689–696 регулируют юридический сервитут прохода в пользу «закрытой» недвижимости. Однако ст. 693 отрицает такой сервитут, когда имущество становится замкнутым в результате добровольного действия или бездействия его владельца.

В юрисдикциях общего права закон предполагает при определенных условиях сервитут в пользу участка земли, которому был закрыт доступ к общественной дороге. В западной юридической литературе отмечается, что право необходимой дороги является «лучшим решением» вопроса о предоставлении экстренного доступа к общественной дороге по сравнению с деятельностью судов общего права, навязывающих «сервитут, продажу или аренду участка» для таких ситуаций» [Yiannopoulos A., 1996: 1, 7].

Таким образом, право необходимой дороги противопоставляется частным сервитутам и праву аренды, оно представляется в определенных случаях более справедливым для землевладельцев, обеспечивает интересы в проходе и проезде как частных лиц, так и общества в целом.

Его цель состоит в том, чтобы обеспечить «полную полезность» имущества (т.е. земельного участка, у которого отсутствует связь с общественными дорогами). Интересна аргументация права необходимой дороги зарубежными учеными: «Поскольку земля становится все менее доступной, более необходимой для общественного использования, то будет противоречить государственной политике, поощрение отсутствие доступа к такому ценному активу, не имеющему выхода к общественной дороге, и исключение его из торговли, а также из общественной и частной выгоды» [Yiannopoulos A., 1996: 3–4].

Для каких же ситуаций предлагается право необходимой дороги?

В зарубежном праве к таким ситуациям относят лишение доступа к общественной дороге в результате закрытия или разрушения существующей дороги, в том числе при стихийных бедствиях, разливах рек, которые разрушили прежний выход; разделение участка земли или его отчуждение таким образом, что отдельные части (часть) земельного участка явилась отрезанной от системы общественного транспорта и т.д.

2. Право необходимой дороги как вид законного ограничения права собственности в российском гражданском праве

Право необходимой дороги как вид законного ограничения права собственности (соседского права) не закреплено в российском праве, не упоминается в исследованиях отечественных правоведов об ограничениях права собственности.

Попытки ввести право необходимой дороги как вида соседского права имели место в русском праве конца XIX — начала XX столетия в виде включения в проект Гражданского уложения Российской Империи ст. 61, посвященной данному виду ограничения права собственности. Согласно этой статье, если из имения, окруженного со всех сторон чужими землями, нет выхода на дорогу общего пользования, то собственник имения может требовать от соседей за вознаграждение отвода земли под дорогу, необходимую для доступа к имению и хозяйственного им пользования.

Разработчики проекта Гражданского уложения весьма высоко оценивали действие данного института. Его главное назначение заключалось в следующих положениях Объяснений к проекту Гражданского уложения (ст. 61): «Правила настоящей статьи основаны не только на естественном чувстве справедливости, но и на интересах публичного права. В самом деле, государство заинтересовано, чтобы никакая часть земли не оставалась без обработки, так как благосостояние частных хозяйств составляют лишь слагаемые, а общему суммою их является благосостояние государства. Вот почему закон должен уполномочивать собственника замкнутого со всех сторон имения требовать от соседей отвода земли под дорогу, необходимую для доступа к имению и хозяйственного им пользования»⁸.

В условиях реформы отечественного права российский законодатель находится в поисках правовых конструкций, могущих создать более совершенный механизм регулирования земельных отношений.

Предложения по регламентации соседского права содержатся в проекте Федерального закона N 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Проект изменений ГК РФ)⁹, в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (2009)¹⁰.

Введение классического института соседского права предусматривается законопроектом, который включает ст. 293 «Ограничения права собственности на земельный участок в пользу соседей (соседские права)». Часть 2 ст. 294 проекта ГК РФ (Содержание соседских прав) перечисляет запреты на совершение собственником определенных действий, и, наоборот, устанавливает обязанности собственника по осуществлению действий на своем

⁸ Гражданское уложение. Книга третья. Вотчинное право. Проект Высочайше утвержденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Том первый. Ст. 1–174. СПб., 1902. С. 215.

⁹ Available at: URL: <http://privlaw.ru/povestka-47/> (дата обращения: 01.12.2019)

¹⁰ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренная Советом по кодификации гражданского законодательства Российской Федерации при Президенте Российской Федерации 07.10.2009. М., 2009. С. 83.

участке в интересах соседей. Согласно данной статье соседское право действует, если иное не предусмотрено соглашением.

Между тем в соответствующем разделе проекта ГК (как 2012 г., так и 2019 г.) о вещном праве не предусмотрено положений о праве необходимой дороги как ограничения права собственности в интересах соседа. В проекте отношения по использованию соседнего участка для нужд соседа предлагаются регулировать главным образом нормами о частных сервитутах.

Действительно, начиная с 1890-х годов в российском праве регулирование права прохода и проезда через соседний участок предлагается в рамках сервитута. Решение законодателя в пользу сервитута вполне обосновано тем, что сервитут наиболее близок нашему праву. В конце XIX века в русском праве он был известен как право участия частного в чужом имуществе. Достаточно частный сервитут исследован в отечественной доктрине. Кроме того, доступные отечественному праву источники римского права предлагают в подобных ситуациях использовать именно сервитут.

В российской доктрине гражданского права XIX–XX столетий не было глубоких монографических исследований права необходимой дороги как ограничения права собственности (соседского права). На наш взгляд, такое положение можно объяснить тем, что право необходимой дороги как соседское право было введено довольно поздно и в зарубежные законодательства: сначала в Саксонское уложение, а потом — в Германское гражданское уложение, вступившее в действие 01.01.1900. Русские цивилисты в начале XX столетия не успели провести скрупулезных исследований данного института, а с ликвидацией частной собственности в нашей стране интерес к новым институтам зарубежного права был и вовсе утрачен.

Вместе с тем было бы неверно говорить, что в русской цивилистике того периода вовсе не обращались к этому институту. Так, теоретические подходы и даже предложения о применении права необходимой дороги к поземельным отношениям предлагали К.Н. Анненков, И. Горонович, К.П. Победоносцев и другие [Анненков К.Н., 1900: 345–346]; [Горонович И., 1883: 57–60]; [Победоносцев К.П., 2002: 510–512]; [Синайский В.И., 2002: 213].

3. Назначение права необходимой дороги

Германская доктрина исходит из того, что право на прохождение по чужому владению не является вещным правом, в связи с чем не требуется внесения права о прохождении по чужому владению в государственный реестр земель (Поземельную книгу). Правовая природа данного института происходит из так называемой «теории соседского права «*Nachbarrecht*»¹¹. При

¹¹ Münchener Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch. S. 690.

этом правовая природа данного ограничения права собственности длительное время дискутировалась. Выделились два основополагающих подхода.

С одной стороны, это теория ограничения права собственности на основании закона. Очевидно, что теория соседского права не подвергает сомнению принципиальную свободу индивидуальной собственности, но тем не менее в соответствии с ней соседи вынуждены терпеть взаимные действия, в том числе и право допуска через участок¹².

Против этой догматической концепции выступали сторонники так называемой «теории национализации», полагающие, что право на проход по чужому владению содержит «частичное право на экспроприацию», которое в отдельном случае определяется как «административное принудительное действие против собственника»¹³. Сторонники «теории национализации» делали вывод, что право прохода по чужому владению может быть предоставлено только тогда, когда оно внесено в государственный реестр земель как сервитут (т.е. право пользования в определенных пределах чужим имуществом).

Законодатель из этих концепциями выбрал «теорию соседского права». С этим законодательным решением морально-этического характера в первые десятилетия после вступления в силу ГГУ дискуссии продолжились. В юридической литературе при анализе права необходимой дороги, как правило, противопоставляют две правовые модели этой конструкции: германскую (Германия, Австрия, Швейцария, Греция, Нидерланды и др.) и французскую (Франция, Луизиана и др.). Как мы уже отмечали выше, обе системы, несмотря на закрепление этого института под разными названиями, определяют его сущность как соседского права, т.е. ограничения права собственности в интересах соседа.

В современных условиях западные ученые весьма высоко оценивают значение данного института при регулировании земельных отношений. Считается, что как германская, так и романская системы, в которых доступ к дорогам общего пользования предоставляется как соседское право, добились большого прогресса. Значительно расширились потребности, при которых практика стала допускать право необходимой дороги, в том числе использования участка для сельского хозяйства, а также в жилых или коммерческих потребностях. В литературе отмечается, что сформировались основания для замены устаревшего понятия собственности как одного из абсолютных и исключительных прав, прогрессирует современная мысль о том, что собственность должна осуществляться в интересах общества в целом. Таким образом, обоснование доступа к дорогам общего пользования заключается

¹² Ibid. S. 691.

¹³ Ibid. S. 692.

в содействии общественной полезности участков земли [Van der Merwe С., 1999: 1413–1414].

Интересно, что данное право возникло как необходимость предоставления права доступа, но со временем стало применяться и при необходимости прокладки коммуникаций через чужой участок. Например, ст. 180 ГК Грузии предусматривает, что, если земельный участок лишен необходимой для его должного пользования связи с публичными дорогами, сетями электро-, нефте-, газо- и водоснабжения, собственник может потребовать у соседа, чтобы тот терпел использование в целях обеспечения такой необходимой связи. Обязательным условием является выплата соответствующей компенсации¹⁴.

4. Происхождение права необходимой дороги

Традиционно принято считать, что римское право не знает института права необходимой дороги. Отсутствие подобного института, как правило, обосновывается тем, что право собственности в римском праве было в значительной степени индивидуалистическим, абсолютным и исключительным; право доступа было возможно путем установления сервитута. Однако отдельные римские конструкции очень близки по содержанию институту права необходимой дороги (например, такая конструкция, как обязанность обеспечить дорогу к могиле). Эта идея была расширена в средневековом французском праве, и в конце концов было решено, что принудительный проход может быть заявлен в пользу «закрытого поместья».

В отличие от скудной области применения этого института в римском праве, германское право легко признает так называемый *potweg* (право необходимой дороги). Возникновение этого права в Германии обосновывается тем, что германское понятие частной собственности основано на феодальной раздробленной собственности. Германский институт в дальнейшем повлиял на римско-голландское право необходимой дороги. Понятие было расширено в средневековом французском праве, и с течением времени стало принято считать, что право прохода на дорогах общего пользования может быть заявлено при наводнении владельцами соседних земельных участков. Положения Гражданского кодекса Луизианы 1825 г. в ред. 1977 г. о принудительном проходе (проезде) имеют аналоги во французской модели. Восточноевропейские правопорядки в большинстве взяли за основу германский институт необходимой дороги.

¹⁴ Гражданский кодекс Грузии от 26.06.1997 СПб., 2002. С. 165.

5. Разграничение права необходимой дороги и сервитутов

В литературе, как отечественной, так и в зарубежной, подробно рассматриваются отличия частного сервитута от ограничений права собственности в интересах соседей.

В свое время В. И. Курдиновский обозначил критерии отграничения частных сервитутов от ограничений права собственности. Он писал: «Ограничения с таким содержанием очень похожи на сервитуты (*pati, non facere*) и раньше назывались легальными сервитутами. С течением времени, однако, выяснилось отличие этих ограничений от сервитутов, и название «легальных сервитутов» для ограничений права собственности было оставлено. По признанию юристов, отличие законных ограничений от сервитутов заключается в том, что при сервитутах ограничение власти собственника есть следствие (оборотная сторона) чужого частного права, тогда как ограничение закона само является источником права для третьего лица; оно — *das Principale*, право третьего лица — *das Secundare*. Затем, легальное ограничение права собственности уже в момент возникновения сего последнего наперед (*von vornherein*) лишает собственника тех или иных правомочий. Сервитут ставит границы уже возникшему праву собственности, стесняет собственника, так сказать, по прошествии известного времени, *hinterher*. Помимо того, сервитуты существуют ввиду индивидуальных потребностей определенного лица или вещи; эти определяют объем права; с исчезновением их теряет силу и сервитут; словом, сервитут носит условный и временный характер. Законные ограничения права собственности не зависят от индивидуальности лица или вещи; они устанавливаются в интересах всякого, кто находится в определенном (равном с другими) положении, и существуют впредь до отмены их законом, а не до исчезновения той или иной потребности» [Курдиновский В. И., 1899: 56].

Перечисленные признаки, посвященные отграничению сервитутов от законных ограничений права собственности, вполне применимы и для соблюдения права необходимой дороги. Однако в зарубежной доктрине называют и другие особые свойства права необходимой дороги, которые не позволяют его отождествить с частными сервитутами и дают основания для признания его как самостоятельного правового института.

Право необходимой дороги отличается от сервитута по основаниям возникновения, прекращения, содержанию, правопреемству, плате и т.д.

Во-первых, частный сервитут устанавливается по соглашению между соседями (с последующим внесением в Поземельную книгу), а в случаях, указанных в законе, устанавливается по решению суда на основании иска

о принудительном проходе. Право необходимой дороги как ограничение права собственности обременяет окружающие земельные участки без специального соглашения или судебного решения. Поскольку оно возникает в силу закона, для его установления не нужны акты компетентных органов, оно не подлежит специальной регистрации в реестре.

Во-вторых, право необходимой дороги возникает из ситуации, при которой собственник замкнутого участка не имеет иной возможности прохода к общественной дороге. Основанием может выступить чрезвычайная ситуация, вследствие которой собственник теряет связь с дорогой (оползень, наводнение, паводок, влекущие разрушение дороги и т.п.). Если доступ не разрешается, владелец замкнутого участка вправе обратиться в суд, чтобы подтвердить право на получение доступа, в том числе по конкретному маршруту. Поэтому право необходимой дороги может быть установлено даже против воли владельца окружающего замкнутый участок земли.

Обычный сервитут не зависит от состояния крайней необходимости и может быть получен также в случаях, когда владелец господствующего участка желает установить более короткую или более удобную связь с дорогой общего пользования.

В-третьих, компенсация или возмещение, выплачиваемые в случае установления права необходимой дороги, должны быть разумными, они не являются платой, которую обе стороны могли бы определить по соглашению о сервитуте. При стихийных бедствиях и иных обстоятельствах, вызванных непреодолимой силой, право прохода предполагается безвозмездным.

В-четвертых, право необходимой дороги не продолжается бесконечно, оно прекращается, когда чрезвычайная ситуация больше не существует, а именно, когда замкнутый участок получает достаточный доступ к дорогам общего пользования. В отличие от этого обычный сервитут не зависит от ситуации, когда он является единственным возможным доступом к своей земле, и действует до тех пор, пока приносит пользу господствующему участку.

6. Условия осуществления права необходимой дороги

6.1. Основания возникновения

Поскольку право необходимой дороги является законным ограничением права собственности, то для его установления нет необходимости в заключении специального соглашения. Необходимы лишь те обстоятельства, с которыми закон связывает возможность ограничения соседа в виде принуждения предоставления им права доступа. Между тем ряд законодательств требуют при осуществлении права необходимой дороги обращения в суд.

Однако судебное решение будет иметь только декларативное значение; оно согласно закону лишь объявляет об этом ограничении собственности и утверждает условия права прохода по чужому владению¹⁵. Считается, что сосед не вправе отказать нуждающемуся собственнику в использовании необходимого пути. Право на проход по чужому владению можно противопоставить иску о прекращении правонарушающих действий¹⁶.

Закон не предусматривает необходимости специального соглашения между соседями о содержании права прохода по чужому владению, так как содержание данного права устанавливается законом. Однако если соседи и заключили соглашение, уточняющее содержание право прохода, то оно имеет только обязательственное значение и не действует по отношению к возможным правопреемникам. «Овеществление» соглашений о праве прохода по чужому владению возможно только путем внесения земельного сервитута.

В случае возникновения спора о содержании права необходимой дороги (в том числе, площади участка), возможно предъявление иска в суд, который должен установить подходящий путь для соседа, лишенного доступа к своему участку (абз. 1 п. 2 § 917 BGB).

6.2. Условие о «замкнутом земельном участке»

Считается, что связь с земельным участком отсутствует, если он абсолютно изолирован от дороги общего пользования, т.е. находящиеся между ним земельные участки исключают непосредственный доступ к дороге общего пользования. Согласно п. 1 § 917 BGB, если для надлежащего использования земельного участка отсутствует необходимая связь с дорогой общего пользования, то собственник может потребовать от соседей, чтобы они для устранения недостатков в использовании своих земельных участков допустили установление необходимой связи.

Интересно, что в зарубежных правовых порядках в качестве такого условия признают и такие, при которых доступ может быть и без использования участка соседа, но при этом необходимы чрезмерные затраты. Так, в одном из споров суд решил, что существует законное право доступа к общественной дороге, так как доступ к ней перекрыт разлившейся рекой, а для прохода требуется возведение моста с чрезмерными затратами на его возведение. В другом деле, напротив, пришли к выводу, что доступность общественной дороги может быть решена за счет незначительного строительства и, соответственно, право необходимой дороги не предоставляется. Также «необходимостью» признаются случаи, когда доступ к общественной дороге закрыт

¹⁵ Münchener Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch. S. 698.

¹⁶ Ibid.

в результате размыва дороги из-за сильных дождей, но в хорошую погоду проезд по ней возможен. Если же подъездная дорога «менее исправна и менее практична», не считается, что земельный участок не имеет связи с общественной дорогой¹⁷.

6.3. Условие о доступе в чрезвычайной ситуации

Право на проход по чужому владению может существовать и тогда, когда имеющийся доступ нарушается наводнениями, обусловленными сезоном, или когда необходимо кратковременное использование вследствие нарушений доступа (снежные заносы, препятствующие дорожно-строительные работы). В предсказуемых кратковременных аварийных ситуациях, нарушающих доступ (подъезд пожарных, санитарного транспорта), затрагиваемые собственники пользуются доступом бесплатно (§ 904 BGB); лица, имеющие право на проход по чужому владению, освобождаются от уплаты компенсации, но обязаны возместить убытки согласно п. 2 § 904¹⁸.

6.4. Определение размера (площади) земельного участка для осуществления необходимого доступа

Согласно ст. 692 ГК Луизианы проезд обычно осуществляется по кратчайшему маршруту от закрытого участка до дороги общего пользования в месте, наименее обременительном для соседних участков. Предполагается, что суд будет фиксировать право проезда по самому короткому маршруту.

Суд может предоставить более длинное и более обходное право прохода (проезда), чем того желает владелец закрытого имущества с тем, чтобы свести к минимуму любой ущерб подчиненному участку или если более короткий и более прямой маршрут связан с чрезмерными расходами на строительство или иным образом нецелесообразен. Например, чтобы избежать пересечения стен зданий или сооружений, суд предложит менее прямой маршрут. Как правило, суд предоставляет право проезда, которое является наименее обременительным для служащего имущества

6.5. Компенсация за использование чужого участка в целях прохода и проезда и освобождение от нее

Ущерб, причиненный соседям, через земельные участки которых проходит проход по необходимости, должен быть возмещен уплатой компен-

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibidem.

сации, в том числе денежной ренты. Стороны могут зафиксировать сумму по соглашению или, если соглашение не достигнуто, то по заключению экспертов (во Франции) либо суда (в других странах), которые устанавливают сумму с учетом бремени, налагаемого на имущество, обремененное правом прохода (проезда).

Факторы, принимаемые во внимание: снижение стоимости имущества или доходов владельца участка, а также иные убытки, которые причиняются установлением такого права. В Луизиане возмещение обычно оценивается в виде единовременной выплаты. В Германии возмещение определяется на основании годовой арендной платы. Во Франции и в Греции оно может принимать форму любого типа оплаты: годовой суммы или единовременной платы [Yiannopoulos A., 1996: 22].

6.6. Отказ в предоставлении права необходимой дороги

По ст. 689 ГК Луизианы и соответствующим положениям гражданских кодексов других стран право необходимой дороги не признается, когда участок отрезан от общественной дороги в результате добровольного действия или бездействия владельца закрытого имущества. В ГК Луизианы говорится, что «если имущество становится закрытым в результате добровольного действия или бездействия его собственника, соседи не обязаны предоставлять ему или его преемникам проход». В таком случае владелец закрытой недвижимости может получить доступ к дороге общего пользования только с согласия владельцев окружающих земель. Аналогичным образом ст. 1014 ГК Греции и § 918 ГГУ предусматривают, что соседи не обязаны предоставлять проезд, если недвижимое имущество перестало иметь доступ к дороге общего пользования из-за добровольного действия или бездействия его владельца.

Добровольным действием или бездействием собственника имущества может быть отказ от существующего частного сервитута, отказ от договорного права прохода или приобретение в собственность в результате добровольного отчуждения части имущества, которая обеспечивает доступ к дороге общего пользования без сохранения обычного сервитута прохода.

Заключение

Разграничение очень схожих на первый взгляд институтов — права необходимой дороги как ограничения права собственности и сервитутов как ограниченных вещных прав — является важным как в догматических, так и законодательных целях. Эти институты настолько схожи, что некоторые правовые системы их вовсе не разграничивают и отдают регулирование соседских отношений по праву прохода и проезда полностью на откуп частно-

го сервитута. По такому пути, в частности, прошла и российская юриспруденция при регулировании права прохода или проезда.

Такое регулирование весьма примитивно, оно не учитывает особенностей учения о праве необходимой дороги. Но отличия весьма существенны. Их игнорирование и, соответственно, искусственное насаждение правовой природы сервитута на соседское право уже сегодня создали в нашей стране большое число несправедливых условий правового регулирования. Зачастую при отсутствии собственной вины частный собственник лишается естественного доступа к своему участку.

Несовершенное правовое регулирование земельных отношений при приватизации, отсутствие полноценной системы кадастрового учета и повсеместное межевание в начале 2000-х годов привело к распространению ситуации, при которой доступ к участку стал возможен только через соседние земли. Недостаточность правового инструментария отечественного правопорядка привела к определению правовой природы права необходимой дороги как сервитута. Но ситуация усугубилась тем, что во многих случаях соседи не способны адекватно урегулировать отношения по сервитуту, и возникает конфликт, который направляется на рассмотрение суда и соответственно растягивается во времени. Как показывает российский опыт, соседи не соглашались по условиям платы, по ее размеру, способу использования участка и т.д.

Подобное отношение права к землевладельцам, которые стали заложниками политических и социально-экономических преобразований, неразумно.

Во многих развитых правопорядках отношения по праву доступа через соседний участок квалифицируют двояко: во-первых, как соседское право (ограничение права собственности в интересах соседа) при необходимости прохода через чужую землю, которая возникала не по воле собственника, а вследствие стечения обстоятельств (в том числе и непреодолимой силы, а также иных обстоятельств независимо от воли собственника участка), во-вторых, как вещный сервитут, когда у землевладельца есть альтернативное решение права на проход, но он желает более удобного разрешения вопроса (наиболее краткий путь, наименее затратный и т.д.). Российское право не учитывает данной особенности землепользования и пока очень далеко от классического учения о соседском праве необходимой дороги как ограничения права собственности.

Сказанное свидетельствует, что право необходимого прохода (проезда) владельца «замкнутого» земельного участка, лишенного доступа к общественной дороге, в странах континентального права рассматривается в аспекте вещно-правового, а не обязательственного-правового регулирования. В связи с этим не вполне уместна критика данного права как ограничения принципа свободы договора [Карпетов А.Г., 2016: 345-346], а также

его определение в качестве негативного обязательства, как предлагается в юридической литературе.

Потенциал института необходимой дороги как конструкции гражданско-правового ограничения права собственности (соседского права) вполне может быть использован в нашем правовом порядке. Особенно важно обращение к данному институту ныне, когда происходит очередное обсуждение проекта изменений положений ГК о вещном праве.

Право необходимой дороги как вид ограничения права собственности в экстренной ситуации следовало бы закрепить в системе соседских прав. В ситуации необходимого использования соседнего участка для прохода (проезда) в интересах соседа господствующего участка как наименее затратного способа или краткого пути, должна быть предусмотрена конструкция частного сервитута.

Правовая конструкция ограничения права собственности в интересах соседа вполне может быть использована и для проведения линейных объектов небольшой протяженности через соседний участок в экстренных случаях. Например, если в результате приватизации земельного участка он разделен на несколько новых таким образом, что эксплуатация одного или нескольких из них невозможна без частичного использования соседних участков. Между тем при новом строительстве (когда, как правило, можно предусмотреть варианты проведения коммуникаций) в отношениях между соседями, вынужденными использовать чужую землю для прокладки газопровода, водопровода, электропередач, необходимо использовать конструкцию частного сервитута.

Очевидно, что пока право необходимой дороги как соседское право является новой для российского правового порядка правовой категорией, необходим его глубокий анализ, создание механизма, исключающего условия для злоупотребления соседями при использовании чужого участка. В то же время опыт зарубежных правовых порядков показывает, что конструкция права необходимой дороги в экстренных ситуациях является наиболее действенным средством защиты интересов владельца участка, лишённого доступа к своей земле. При этом право необходимой дороги не предлагается ввести в качестве замены частного сервитута прохода (проезда), сфера его использования обусловлена иными ситуациями. Оно могло бы выступить эффективным способом разрешения многих соседских конфликтов.



Библиография

Анненков К. Система русского гражданского права в 6 т. Т. II. Права вещные. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1900. 672 с.

Горонович И. Исследование о сервитутах // Журнал гражданского и уголовного права. 1883. Кн. 9. С. 33–80.

- Дернбург Г. Пандекты: Вещное право. Пер с нем. Т. 2. СПб.: Гос. Тип., 1905. 376 с.
- Иванов А.А. Как публичный сервитут суперфицием стал. Available at: https://zakon.ru/blog/2018/09/07/kak_publichnyj_servitut_superficiem_stal#comment_473906 (дата обращения: 01.12.2019)
- Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 269 с.
- Краснова Т.В. Автономия воли и ее ограничение в сервитутном праве: монография. М.: Статут, 2019. 255 с.
- Курдиновский В.И. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. Одесса: Экономическая тип., 1899. 388 с.
- Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть. Вотчинные права. М.: Статут, 2002. 800 с.
- Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. 638 с.
- Синицын С.А. Частные и публичные сервитуты в российском и зарубежном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 26–45.
- Суханов Е.А. Вещное право. М.: Статут, 2017. 560 с.
- Schwab K., Prütting H. Sachenrecht. 32 Aufl. München: Beck, 2006, 379 S.
- Van der Merwe C. The Louisiana Right to Forced Passage Compared with the South African Way of Necessity. Available at: <https://www.lexisnexis.com/hottopics/Inacademic/> (дата обращения: 01.12.2019).
- Vieweg K., Werner A Sachenrecht. 3 Aufl. Köln: Heymanns, 2007. 664 S.
- Wolf M. Sachenrecht. 23 Aufl. München: Beck, 2007. 457 S
- Yiannopoulos A. The Legal Servitude of Passage. Tulane Law Review, 1996, vol. 71, pp. 1–7.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

The Right of Access to Public Road as a Restriction of Property in the Neighbor Interest in Russian and Foreign Law



Irina A. Emelkina

Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnienskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: iemelkina@hse.ru



Abstract

The article discusses the construction of the right of the necessary road as a restriction of ownership in the interests of a neighbor. This right is not known to the Russian law. Proposals for its introduction were made in the last century in the process of discussing the draft of the Civil Code of the Russian Empire. The construction of the necessary road law is widely used in many foreign law and order as neighborly law along with a private easement. Foreign doctrine and judicial practice distinguish between a private easement and the right of the necessary road as neighboring law. The relevance of introducing the construction of the necessary road law into the domestic law and order is due to

the modern reform of Russian property law. An extensive judicial practice testifies to the practical need of this institution in our country, which shows the insufficient design of private and public easements to regulate relations between neighbors when establishing the right of passage (thoroughfare) to a public road. The article reveals the concept of the law of the necessary road as neighborly law, its essence, the conditions for establishing, delimiting from the property easement, determining the fee and exemption from it. The prerequisites for the introduction of this design into current Russian law are justified. The purpose of the article is to justify the need to develop the institution of the necessary road as a restriction of ownership in the interests of a neighbor (neighborly law) in Russian civil law. Based on the study of Russian doctrine and jurisprudence, a number of conclusions and proposals are prepared regarding the essence of the right of the necessary road as a neighbor's law and the need to separate it into a separate civil law category. The methodology of the paper is based upon general research ways and means (analysis and synthesis, induction and deduction, a system analysis method) and upon methods of legal science (including comparative law, systematic, teleological and historical interpretation of legal norms).



Keywords

neighborly law; restrictions on ownership; property law; private easement; public easement; property; land plot; land Registry; boundaries of property rights; limits of property rights; right for access.

Acknowledgements: The paper is prepared within the Russian Fund of Fundamental Researches (project N 17-03-0069).

For citation: Emelkina I.A. (2020) The Right of Access to Public Road as a Restriction of Property in the Neighbor Interest in Russian and Foreign Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 84–104 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.84.104



References

Annenkov K. (1900) *The System of Russian Civil Law. The Law of Possession*. Saint Petersburg: Stasulevich, 672 p. (in Russian)

Dernburg G. (1905) *Pandects: the Law of Possession*. Saint Petersburg: Gosudarstvennaya tipografiya, 376 p. (in Russian)

Goronovich I. (1883) Research on easements. *Zhurnal grazhdanskogo i ugolovnogogo prava*, no 9, pp. 33–80 (in Russian)

Ivanov A.A. (2018) How public easement has become superficies. Available at: https://zakon.ru/blog/2018/09/07/kak_publichnyj_servitut_superficiem_stal#comment_473906 (accessed: 01.12. 2019) (in Russian)

Karapetov A.G. (2010) *Law in Terms of Economics*. Moscow: Statut, 269 p. (in Russian)

Krasnova T.V. (2019) *The Autonomy of Will and its Restrictions in the Law of Easement*. Moscow: Statut, 255 p. (in Russian)

Kurdinovskiy V.I. (1899) *Theory of Legal Limiting Law of Possession and Real Estate in Russia*. Odessa: Ekonomicheskaya tipografiya, 388 p. (in Russian)

Pobedonostsev K.P. (2002) *Civil Law. The Law of Possession*. Moscow: Statut, 800 p. (in Russian)

- Schwab K., Prütting H. (2006) *Sachenrecht*. 32 Aufl. München: C.H. Beck, 379 S.
- Sianayskiy V.I. (2002) *The Russian Civil Law*. Moscow: Statut, 638 p. (in Russian)
- Sinitsyn S.A. (2018) Private and Public Easements in Russian and Foreign Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 26–45. (in Russian)
- Sukhanova E.A. (2017) *The Law of Possession*. Moscow, Statut, 560 p. (in Russian).
- Van der Merwe C. (1999) The Louisiana Right to Forced Passage Compared with the South African Way of Necessity. Available at: <https://www.lexisnexis.com/hottopics/Inacademic/> (accessed: 01.12.2019)
- Vieweg K., Werner A. (2007) *Sachenrecht*. 3 Aufl. Köln: Heymanns, 664 S.
- Wolf M. (2007) *Sachenrecht*. 23 Aufl. München: C.H. Beck, 457 S.
- Yiannopoulos A. (1996) The Legal Servitude of Passage. *Tulane Law Review*, vol. 71, pp. 1–7.

Наследственный договор: подход континентального права

 **Д.В. Лоренц**

доцент-исследователь, кафедра гражданского права и процесса Балтийского федерального университета имени Иммануила Канта, кандидат юридических наук. Адрес: 236016, Российская Федерация, Калининград, ул. А. Невского, 14. E-mail: lord-dv@mail.ru

Аннотация

Автор анализирует природу и риски российской модели наследственного договора с изысканием особенностей подобной юридической конструкции в зарубежных странах. Целью исследования выступает определение разумных и справедливых условий заключения, исполнения, прекращения и признания недействительным наследственного договора в России. В работе используется методология сравнительного правоведения и структурно-функционального анализа, что позволяет раскрыть сущность и разновидности распоряжений в договоре о наследовании. С появлением семейных пактов о наследовании бизнеса в странах с романским правом наблюдается изменение подхода к наследственным и смежным с ними договорам, которые, по общему правилу, признаются недействительными, и зачастую даже отсутствует их реинтерпретация в завещании. Германская модель договора о наследовании имеет биполярный юридический характер, так как одновременно выступает договором и распоряжением на случай смерти. В ФРГ доктринально систематизированы ориентиры для наследодателей при выборе завещания, общего завещания или наследственного договора в зависимости от взаимности распоряжений, брачного статуса участников и возложения прижизненных или посмертных обязанностей. Наследственный договор в России в силу слабых гарантий интересов наследников и отказ получателей представляет собой прототип особого «завещания» с возможностью возмещения убытков на случай одностороннего отказа. В свете немецкого, австрийского, швейцарского и венгерского опыта предлагается следующая рецепция. Во-первых, дифференцировать распоряжения, облаченные в форму соглашения о наследовании, на договорные и завещательные, взаимосвязанные и независимые. Во-вторых, воздержаться от квалификации исполнения обязанностей в рамках наследственного договора в качестве классических признаков возмездных, взаимных, встречных или в пользу третьих лиц обязательств. В-третьих, ограничить свободу прижизненного распоряжения наследством для обеспечения баланса интересов участников наследственного договора посредством заверений наследодателя о бездействии и защиты от шиканы с его стороны. В-четвертых, гарантировать наследственно-договорные права добросовестного супруга при расторжении брака или его недействительности.

Ключевые слова

наследственный договор, совместное (общее) завещание, распоряжение на случай смерти, наследство, завещательный отказ, возмездный договор, недействительность договора.

Благодарности: работа выполнена при поддержке Балтийского федерального университета им. И. Канта, программа академической мобильности № 5-100.

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

Для цитирования: Лоренц Д.В. Наследственный договор: подход континентального права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 105–129.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.105.129

Введение

Действующие с 01.06.2019 нормы Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК) о наследственном договоре (ст. 1140.1) и совместном завещании (ст. 1118) содержат упрощенный вариант регламентации новых наследственно-правовых конструкций. Для понимания их юридической природы следует на основе методологии сравнительного правоведения проанализировать зарубежный опыт в данной сфере и сформулировать предложения по усовершенствованию российской модели распоряжений на случай смерти: определить соотношение завещаний и наследственного договора, выявить характер содержащихся в таком договоре посмертных распоряжений, классифицировать наследственные договоры, систематизировать разумные и справедливые основания их прекращения и признания недействительными, а также обозначить пределы свободы прижизненного распоряжения наследодателем его имуществом.

1. Юридическая природа наследственного договора

Античные римские юристы отказывались от договорного регулирования наследственного правопреемства. Они рассматривали договорное ограничение завещательной свободы как недопустимую и безнравственную зависимость свободы наследодателя принимать решение [Lange K., 2017: 122]. Наследственный договор изначально имеет германское происхождение, а наличие его в наследственно-правовых системах Австрии, Швейцарии, Венгрии, Латвии и некоторых других стран объясняется рецепцией германского права в конце XIX — начале XX веков [Блинков О.Е., 2014: 14]. Многим странам романской правовой семьи договоры о наследовании до сих пор не известны или их считают аморальными [Schmoeckel M., 2019: 134].

1.1. Франция. Гражданский кодекс Франции запрещает договоры о будущем наследстве, т.е. договоры о наследовании, договоры с наследством и отказ от наследства. За этим соображением стоит принцип, что свобода до-

говора должна уступать завещательной свободе. Исключения существуют только в пользу супругов и внутри семьи [Frank R., Helms T., 2018: 165].

1.2. Польша. Договор о наследстве лица, которое еще живо, недействителен в соответствии с польским законодательством. Законный наследник посредством договора с будущим наследодателем может только отказаться от наследства. Договор об отказе от наследства необходимо нотариально удостоверить (ст. 1048 ГК). Отказ от наследства распространяется и на потомков отказавшегося, если не согласовано иное. Отказавшийся от наследства и его потомки, на которых распространяется отказ, отстраняются от наследования, как если бы они не пережили момент открытия наследства [Süß R., 2015: 1007].

1.3. Испания. Статья 1271 ГК Испании также содержит запрет на совершение наследственных распоряжений в рамках договора о наследовании. Если единственным предметом договора о наследовании является имущество, находящееся, например, в Германии, испанские граждане могут выбрать право Германии в качестве основы договора о наследовании. Однако, несмотря на выбор немецкого права, в соответствии с испанским законодательством должна соблюдаться общая недопустимость отказа от испанского наследственного права. С этой точки зрения более поздняя отмена выбора права посредством завещания испанским контрагентом по договору о наследовании будет угрожать другой стороне соглашения, которая исходила из безотзывности договора о наследовании [Süß R., 2015: 1309].

1.4. Португалия. В соответствии с португальским законодательством наследственные договоры тоже не имеют юридической силы (ст. 946 и 2028 ГК). Правда, в ст. 2028 указаны случаи существования договорного правопреемства относительно наследства (*sucessão contratual*): лицо отказывается от наследства по договору, распоряжается своим собственным наследством или еще не приобретенным наследством. Однако это не приводит к общей допустимости наследственных договоров. Договоры о наследовании разрешены только в случаях, предусмотренных законом, например, при соблюдении завещательных формальностей. В связи с этим отметим, что это не наследственные договоры в техническом смысле. Для обоснования запрета договора о наследовании утверждается, что любое поспешное решение, которое не может быть отменено (в одностороннем порядке), не соответствует сущности сделок *mortis causa*, т.е. распоряжений на случай смерти. Таким образом, чтобы избежать давления на завещателя, он при жизни сохраняет право распоряжения своим имуществом.

Допускается исключение, если распоряжения сделаны посредством брачного договора (*convenção antenupcial*), который может быть заключен только между помолвленными, то есть до заключения брака (ст. 1698 ГК). Даже если

дарение на случай смерти обещано в нем относительно заключения брака, такое дарение прямо разрешено в качестве наследственного договора (*pacto sucessório*) в соответствии с абз. 2 ст. 1755 ГК.

Недействительный договор о наследовании в Португалии можно истолковать в качестве завещания в соответствии с абз.2 ст. 946 ГК [Süß R., 2015: 1037–1038].

1.5. Италия. Итальянское законодательство признает недействительным как договор о наследовании, так и общее завещание (ст. 458, 589 ГК Италии), чтобы всегда защищать завещательную свободу наследодателя. Если хотя бы один из наследодателей является итальянцем, договор о наследовании и общее завещание как формальные конструкции в основном не допустимы. Запрет применяется независимо от того, содержит ли договор о наследовании или общее завещание взаимосвязанные распоряжения наследодателей. В отличие от Португалии в Италии исключается реинтерпретация недействительного договора о наследовании или общего завещания в действительные отдельные завещания.

Наследственные договоры (*pacto successorio*) запрещены, поскольку наследодатель по ним обязуется на случай смерти, являясь должником, что обязывало бы его исполнять свои обязательства и тем самым ограничивало бы завещательную свободу. В Италии запрещены следующие виды договоров относительно наследства: *patti istitutivi* (распоряжение собственным имуществом), *patti dispositivi* (распоряжение ожидаемым наследственным правом или завещательным отказом) и *patti rinunciativi* (отказ от будущих прав наследования). Однако допускаются одновременные завещания нескольких лиц в одном документе, но они должны быть независимыми и автономными (*testamento simultaneo*), т.е. взаимосвязанность распоряжений в таких завещаниях не должна вытекать из каких-либо обстоятельств (ст. 635 ГК), иначе ст. 458 ГК о запрете наследственного договора применяется даже к формально отдельным посмертным распоряжениям, если они связаны друг с другом по содержанию.

На основе Закона № 55 от 14.02.2006 в ст. 768 ГК появился *pacto di famiglia* в качестве договора о наследовании бизнеса, что в свое время было ограничено из-за строгого итальянского права на обязательную долю (компенсационные обязанности преемников компании) и запрета на отказ от наследства и обязательной доли по ст. 458, абз.2 ст. 557 ГК Италии [Süß R., 2015: 711–712, 736–737].

Появление в Италии семейного пакта связано с рекомендациями Еврокомиссии 1994 года о передаче малого и среднего бизнеса, в которых странам — членам ЕС было предложено допустить заключение наследственных договоров. В результате в Италии по семейному пакту владелец компании может при жизни с согласия супруга и других обязательных наследников

передать доли участия в компании одному или нескольким потомкам за плату или бесплатно. Цель конструкции состоит в предотвращении дробления бизнес-активов под воздействием режима имущества супругов и правил об обязательной наследственной доле в натуре [Петров Е.Ю., 2018: 605–606].

1.6. Германия. Хотя немецкое законодательство в § 2302 BGB запрещает обязательства, связанные с установлением или неустановлением посмертных распоряжений, оно тем не менее допускает договорные распоряжения на случай смерти [Frank R., Helms T., 2018: 165].

В Германии договор о наследовании является договором *sui generis*. Он не является распорядительным соглашением, так как вещно-правовой статус живых лиц не меняется, однако наследодатель также и не заключает взаимного обязательственного договора (обязательство установить распоряжения на случай смерти было бы недействительным на основании § 2302 BGB), но это такие посмертные распоряжения, которые уже непосредственно сделаны и включены в договор [Gursky K.-H., Lettmaier S., 2018: 77]. Договор о наследовании является договором только потому, что договаривающаяся сторона (партнер) принимает заявление (оферту) наследодателя о распоряжениях и, таким способом, достигается их обязательная сила. Договор о наследовании имеет двойственный юридический характер: одновременно является и распоряжением на случай смерти, и договором [Frank R., Helms T., 2018: 164–165]; [Lange K.W., 2017: 121].

Такой договор имеет абсолютно наследственный характер, но соглашение имеет обязательную силу уже при жизни сторон. Договор о наследовании не является договором в пользу третьих лиц, даже если он содержит предоставления только третьим лицам, что возможно и допустимо [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 146].

Таким образом, в Германии договор о наследовании не вписывается в традиционную систему обязательственных и абстрактно-распорядительных сделок [Эннекцерус Л., 1950: 88–89, 96–98], а образует уникальное по природе согласованное двумя или более сторонами распоряжение, отложенное на случай смерти и связывающее, но не обязывающее наследодателя.

1.7. Австрия. Договор о наследовании в Австрии также имеет двойственную природу: соглашение между живыми лицами и посмертное распоряжение. Общими положениями договорного права регулируются сделкоспособность, заключение и расторжение договора, последствия отсутствия воли, а наследственное право определяет наследственную дееспособность, личный характер установлений, допустимое содержание договора и его наследственно-правовую силу. При этом в Австрии договор о наследовании является разновидностью брачного пакта, составляет его предмет (§ 1217 ABGB) [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1642].

1.8. Россия. В Российской Федерации в соответствии с п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ наследодатель вправе заключить с любым из лиц, которые могут призываться к наследованию (ст. 1116), договор, условия которого определяют круг наследников и порядок перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к пережившим наследодателя сторонам договора или к пережившим третьим лицам, которые могут призываться к наследованию (наследственный договор). Наследственный договор может также содержать условие о душеприказчике и возлагать на участвующих в наследственном договоре лиц, которые могут призываться к наследованию, обязанность совершить какие-либо не противоречащие закону действия имущественного или неимущественного характера, в том числе исполнить завещательные отказы или завещательные возложения. Последствия, предусмотренные наследственным договором, могут быть поставлены в зависимость от наступивших ко дню открытия наследства обстоятельств, относительно которых при заключении наследственного договора было неизвестно, наступят они или не наступят, в том числе от обстоятельств, полностью зависящих от воли одной из сторон (ст. 327.1 ГК РФ).

К сожалению, упоминание в п. 1 ст. 1118 ГК РФ лишь правил ГК о завещании, которые могут применяться к наследственному договору, если иное не вытекает из существа данного договора, является упущением, поскольку не определяется биполярная природа соглашения, что может затруднить прямое распространение на него норм обязательственного (договорного) права.

Слабая связанность наследодателя (его право на отказ от договора, свобода распоряжения имуществом) и высокие риски второй стороны (наличие обязательных наследников, кредиторов, ранняя смерть наследника) уже сейчас позволяют отечественным цивилистам не столько увидеть в наследственном договоре обязательное соглашение, сколько наделить его, по сути, характером завещания, но с оговоркой о возмещении убытков на случай отмены [Петров Е.Ю., 2018: 606–607].

Нормы ГК РФ о наследственном договоре (ст. 1140.1) и совместном завещании (ст. 1118) навеяны положениями BGB, поэтому для анализа перспектив новых юридических конструкций в России обратимся к их аналогичным моделям в доктрине, законодательстве и судебной практике стран именно германской ветви континентального права.

2. Наследственный договор и завещания

На основе немецкого опыта обозначим некоторые ориентиры для наследодателей при выборе ими способа посмертного распоряжения:

1) Возможность свободной отмены завещания не всегда уместна в планировании наследования корпорации, поскольку основным принципом

успешного бизнеса является юридическая определенность для всех учредителей; договор о наследовании стимулирует детей отказаться от более выгодных предложений по трудоустройству и работать в семейной компании при уверенности, что они ее унаследуют, а между деловыми партнерами такой договор минимизирует или вовсе исключает возможные судебные споры.

2) Лицам, не состоящим друг с другом в браке, подходит только договор о наследовании, если необходимы совместные распоряжения на случай смерти.

3) Супругам рекомендуется заключать договор о наследовании, если только один супруг намерен выразить волю в качестве наследодателя, поскольку в общем завещании оба супруга должны сделать распоряжения.

4) Договор о наследовании является подходящей формой, когда третьи лица вовлекаются наследодателем в обязательства, связанные с наследованием; договор удобен для установления прижизненного содержания (пенсионного обеспечения) пожилых наследодателей, поскольку в отличие от общего завещания, вступающего в силу только с момента смерти одного из супругов, договор приобретает силу с момента его подписания [Frank R., Helms T., 2018: 164]; [Brox H., Walker W.-D., 2018: 91]; [Schmoeckel M., 2019: 134]; [Scherer S., 2018: 228]; [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 146]; [Петров Е.Ю., 2015: 59, 68].

В России можно использовать эти критерии, но уверенность в будущем наследники и легатарии вряд ли получают, поскольку и завещание, и совместное завещание, и даже наследственный договор могут быть отменены наследодателем в одностороннем порядке в любое время в силу закона (ст. 1130, п. 4 ст. 1118, п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ).

3. Предмет наследственного договора и виды распоряжений

В Швейцарии все разновидности распоряжений могут составлять содержание договора о наследовании (ст. 481 I ZGB). По ст. 494 I наследодатель может обязать себя по отношению к другому лицу, чтобы оставить этому или третьему лицу наследство или завещательный отказ (легат) [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1705].

В Австрии по договору о наследовании (§ 602 ABGB) супруг, назначая наследника или совершая завещательный отказ, может быть связан таким распоряжением на случай смерти только в пределах $\frac{3}{4}$ наследства, т.е. четверть имущества наследодателя должна оставаться свободной для иных распоряжений (§ 1253). Распоряжения супругов имеют договорную природу только при взаимном назначении друг друга наследниками или одного из супругов. Если наследником назначено третье лицо, то распоряжение может быть в

одностороннем порядке отозвано каждым супругом [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1642–1643]; [Süß R., 2015: 972].

В Германии наследодатель юридически связан только договорными распоряжениями, предмет которых строго ограничен: назначение наследника; завещательный отказ; завещательное возложение; выбор применимого к наследованию права (§1941 I, 2278 II BGB). Договор, обозначенный как наследственный, но не содержащий договорного распоряжения о наследовании, не является заранее недействительным, так как может состоять из завещательных распоряжений с вытекающими отсюда последствиями в виде свободы их отмены.

Поскольку посмертные распоряжения, которые допускаются по смыслу §2278 BGB в качестве договорных, могут не рассматриваться в качестве таковых, всегда целесообразно недвусмысленно определять степень связанности сторон.

Распоряжения за пределами предмета договора о наследовании могут иметь только односторонний характер, но их допустимо включать в договор в любое время без акцепта контрагентом (§ 2299 BGB), и на них не распространяется правило о недействительности последующих завещаний после заключения наследственного договора в соответствии с § 2289 BGB. Согласно § 2253 BGB они могут быть в любое время отменены или изменены. К таким распоряжениям, в частности, относят: лишение наследства (§ 1938 BGB); назначение опекуна (§ 1777 Abs. 3); исключение родителей бенефициара из управления имуществом ребенка (§ 1638); порядок исполнения завещания (§ 2197); лишение обязательной доли (§ 2333 BGB) [Scherer S., 2018: 230, 235]; [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 146].

В России в ст. 1140.1 ГК РФ не отражена немецкая «матрица» оформляемых договором распоряжений наследодателя, что снижает маневренность в управлении распоряжениями, которые не требуют по своей природе согласования с контрагентом. Из закона прямо не следует допустимость односторонних распоряжений в договоре. Целесообразно определять посмертные распоряжения в качестве договорных, если они образуют основную связь сторон договора (назначение наследников и возложение на участников соглашения обязанностей), а иные вспомогательные распоряжения в документе наследственного договора рационально оценивать в виде завещательных, сохраняя их односторонний характер.

4. Участники наследственного договора

В Германии сторонами договора о наследовании могут быть посторонние лица или родственники либо супруги, при этом количество наследодателей в

рамках одного соглашения не ограничено. В отличие от общего завещания, лица, заинтересованные в договоре, не обязательно должны быть супругами или зарегистрированными партнерами. Друзья или, например, брат и сестра могут заключить договор о наследовании. Необходимым условием для заключения договора о наследовании является обладание сторонами дееспособностью без ограничений (§ 2275 BGB) [Scherer S., 2018: 230]; [Süß R., 2015: 392].

В Швейцарии, как и в Германии, договор о наследовании может быть совершен наследодателем только лично. Однако контрагент, который сам не делает никаких распоряжений, может иметь представителя. По двусторонним наследственным договорам каждая договаривающаяся сторона должна быть способна к распоряжениям. Даже принимая отказ от наследства, который не влечет за собой никаких убытков для самого наследодателя, последний должен быть полностью дееспособным. Напротив, недееспособное лицо, но способное принимать решение, может заключить односторонний договор о наследовании без согласия законного представителя, если только это совершается к его выгоде [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1705].

В Австрии договор о наследовании может быть заключен по § 602 ABGB только супругами, зарегистрированными партнерами и помолвленными (при условии последующего заключения брака) [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1642]; [Süß R., 2015: 972].

К слову, в Лихтенштейне отказались от австрийской модели наследственного договора, и теперь с 01.09.2012 в такое соглашение могут вступать также лица, которые друг другу не являются супругами [Süß R., 2015: 826].

В качестве принципиального отличия от стран германской правовой семьи в России совместно проживающие партнеры или помолвленные (обрученные) лица могут заключить наследственный договор, но это не будет приравниваться к договору между супругами. Согласно п. 8 ст. 1140.1 ГК РФ наследодатель вправе заключить один или несколько наследственных договоров с одним или несколькими лицами, которые могут призываться к наследованию. Исходя из завещательного характера наследственного договора наследодатель должен его заключить только лично. Партнер по данному соглашению, который не делает посмертных распоряжений, а только принимает их от наследодателя, по всей видимости, может заключить договор через представителя, если иное не вытекает из существа договора.

С учетом того, что к наследованию могут призываться nasciturусы, т.е. зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства (ст. 1116 ГК РФ), то проблему их участия в наследственном договоре в качестве стороны или третьего лица следует свести лишь к технической сложности оформления таких отношений, но принципиально не исключать их юридическую возможность. Для устранения формальных препятствий к этому следует заимствовать существующие в немецком правовом порядке

юридические фикции, согласно которым зачатый считается родившимся до момента открытия наследства (§ 1923 BGB), а незачатые рассматриваются подназначенными в порядке наследственной субституции, если это не противоречит воле наследодателя (§ 2101 BGB).

Если в качестве выгодоприобретателя, получающего имущество в порядке наследования после смерти наследодателя, указан гражданин, не зачатый к моменту заключения договора (наследственный договор в пользу, например, будущих детей контрагента), то для осуществления наследственных прав важно, чтобы такой назначенный наследником выгодоприобретатель отвечал требованиям ст. 1116 ГК РФ на момент открытия наследства [Петров Е.Ю., 2018: 609].

С учетом развития технологий экстракорпорального оплодотворения и вынашивания плода в любое время в искусственной матке следует обратить внимание на предложение Е.М. Журавлевой расширить статус nasciturus и дополнить п. 1 ст. 1116 ГК РФ возможностью призывать к наследованию ребенка наследодателя, зачатого после его смерти в течение шести месяцев, при условии доказанности воли наследодателя на такое зачатие [Журавлева Е.М., 2014: 8–26]. Полагаем, что круг таких незачатых должен быть довольно широк и не обязательно его сводить лишь к детям самого наследодателя.

Не совсем понятны последствия для наследственного договора между лицами, которые заключили такой договор до государственной регистрации заключения брака, но после этого заключили брак. С одной стороны, формально на такой договор не должны влиять расторжение брака или его недействительность (п. 5 ст. 1140.1 ГК РФ). С другой стороны, при сохранении брачного состояния дальнейшие отношения сторон предполагают необходимость внесения изменений в соглашение, чтобы права и обязанности субъектов соответствовали их статусу, которому закон придает юридическое значение.

5. Форма наследственного договора

В Германии договор о наследовании в соответствии с § 2276 BGB может быть согласован только посредством нотариальной записи при одновременном присутствии сторон. Заключение договора происходит по правилам BGB, предусмотренным в отношении завещаний (§ 2231–2233) [Süß R., 2015: 392]; [Frank R., Helms T., 2018: 166].

В Австрии договор о наследовании действителен только в форме нотариального акта и необходимо соблюдать требования к завещательным распоряжениям (§ 1249 ABGB). Как и любой брачный пакт, наследственный договор может быть заключен только при содействии двух нотариусов или одного нотариуса и двух свидетелей (§ 56, 67, 70 Нотариального уложения Австрии) [Süß R., 2015: 972]; [Аболонин В.О., 2010: 3–9].

В Швейцарии согласно ст. 512 ZGB для действительности договора о наследовании он должен быть составлен в форме публичного завещательного распоряжения. Договаривающиеся стороны должны выразить свою волю и подписать документ в присутствии должностного лица и двух свидетелей. Несоблюдение формы договора о наследовании является основанием заявления иска о недействительности по статье 520 ZGB [Burandt W., Rojahn D., Valomatis A., 2019: 1705].

В Лихтенштейне заключение наследственного договора может совершаться в суде в письменной или устной форме, но допустима также внесудебная форма в соответствии с требованиями к завещанию (абз.3 § 602 ABGB) [Süß R., 2015: 826].

В России наследственный договор не может быть закрытым, не может совершаться в чрезвычайных обстоятельствах и в форме, приравненной к нотариальной (ст. 1126, 1127, 1129 ГК РФ). Как и завещание, наследственный договор подлежит нотариальному удостоверению, а также в законе прямо предусматривается обязательная видеофиксация нотариусом процедуры заключения наследственного договора, если стороны не заявили возражение против этого (п. 7 ст. 1140.1 ГК РФ). В литературе есть позиция, что несоблюдение требования о видеофиксации, видимо, должно приводить к ничтожности наследственного договора (ст. 1124, 1131 ГК РФ); [Петров Е.Ю, 2018: 618].

Обратим внимание, что в п. 11.3 новых Методических рекомендаций ФНП по оформлению наследственных прав при определении несоблюдения формы и правил совершения завещания и наследственного договора сделана ссылка только на ч. 1 п.7 ст. 1140.1 ГК РФ, однако правило о видеофиксации содержится в ч. 2 данной нормы. Значит, Федеральная нотариальная палата не дает однозначных разъяснений относительно последствий нарушения правил видеофиксации наследственного договора. Однако перечень нарушений требований ГК РФ, влекущих недействительность завещания и наследственного договора, в данных Методических рекомендациях не является исчерпывающим и оставлен открытым, соответственно, в каждом случае суду следует устанавливать, повлияло ли отсутствие видеофиксации, когда она была обязательна, на понимание волеизъявления наследодателя, и нарушены ли этим права и законные интересы истца.

6. Свобода распоряжений наследодателя и гарантии наследников

В отечественной доктрине отмечают, что отсутствие ограничения права наследодателя при жизни распоряжаться своим имуществом, включенным в наследственный договор, вполне разумно и справедливо с позиции интере-

сов наследодателя, защиты его абсолютного права собственности, соответствует конституционному принципу неприкосновенности собственности [Гребенкина И.А., 2016: 138].

По смыслу п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ после заключения наследственного договора наследодатель свободен в распоряжении своим имуществом любым способом, а соглашение об ином ничтожно. В данной норме не раскрыта явным образом юридическая природа таких распоряжений наследодателя, однако нотариальная практика уже готова расширительно толковать их вплоть до завещаний, которыми можно отменить или изменить наследственный договор. При этом в ГК РФ соотношение наследственных договоров и завещаний прямо не определено: между наследственными договорами с одним имуществом и разными лицами установлен приоритет более раннего (п. 8 ст. 1140.1 ГК РФ), а что касается завещаний, то действует обратное правило, согласно которому последующее завещание отменяет прежнее в противоречащей части или может содержать прямое указание об отмене (п. 2 ст. 1130), что может субсидиарно применяться и к договорам (п. 1 ст. 1118). В отличие от немецкой модели (§§ 2289, 2291 BGB), ГК РФ не предусматривает недействительности прежних и последующих завещаний, противоречащих наследственному договору и ущемляющих права наследников, а также не устанавливает необходимости согласия контрагента на отмену договора завещанием. Игнорирование в России этого разумного опыта приведет к практике, порочащей договорную природу соглашения о наследовании.

В ГК РФ есть норма, что наследственный договор с участием супругов отменяет их предыдущее совместное завещание (п. 5 ст. 1140.1), хотя не указано, как данный договор влияет на иные завещания каждого из супругов, которые они могут свободно в любое время совершать даже после составления совместного завещания (абз. 5 п. 4 ст. 1118), либо которые были составлены до брака или до совместного завещания, поскольку они могут противоречить не совместному завещанию, а именно наследственному договору. Не совсем ясно, можно ли последующим совместным завещанием супругов отменять предыдущий наследственный договор между ними, ведь немецкий аналог это допускает (§ 2292 BGB). И, самое главное, могут ли супруги своим совместным завещанием отменять иные наследственные договоры, которые каждый из супругов заключил с другими лицами, либо каким образом влияет на совместное завещание последующий наследственный договор между одним супругом и третьим лицом? Подобные пробелы следует устранить законом или восполнить судебной практикой.

Кроме этого, свобода прижизненных распоряжений, в том числе если допустить завещание об отмене наследственного договора, может использоваться наследодателем в качестве косвенного способа отказа от наслед-

ственного договора, чтобы обойти закон и не возмещать другим сторонам убытки, предусмотренные п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ.

Может быть, следовало п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ сформулировать так, чтобы наследодатель мог свободно определять юридическую судьбу своего имущества (продавать, дарить и пр.), не затрагивая силу наследственного договора, поскольку основания его изменения и прекращения указаны в п. 9 и 10 данной статьи. Тогда нормой п. 12 не будут охватываться способы распоряжения имуществом, влияющие на действие самого соглашения о наследовании.

Разумеется, в Германии (§ 2286 BGB), Австрии (§ 1252 ABGB) и Швейцарии (ст. 494 II ZGB) договор о наследовании также не ограничивает свободы прижизненных распоряжений наследодателя, и объясняется это тем, что у наследников по договору не существует юридически обеспеченного ожидания в течение жизни наследодателя, а имеется только фактическая перспектива приобретения. Наследник по договору не имеет права на наследство в том виде, в котором оно было при заключении договора о наследовании. По этой причине, например, завещательный отказ относительно земельного участка, содержащийся в договоре о наследовании, до открытия наследства не может быть обеспечен оговоркой в поземельной книге путем предварительной регистрации перехода права собственности [Brox H., Walker W.-D., 2018: 91–92]; [Lange K.W., 2017: 121]; [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1705]. Однако в этих правовых системах все-таки разработаны разумные меры, сдерживающие злоупотребления наследодателя.

Судебная практика в России может пойти по пути возложения рисков уменьшения наследства на контрагента наследодателя в силу алеаторного характера наследственного договора, когда стороны изначально соглашались на нетоварные отношения, но для жизнеспособности данной конструкции следует в ГК РФ предусмотреть варианты баланса интересов участников договора на основе зарубежного опыта:

1) Договор о воздержании. Стороны могут без отмены свободы распоряжения имуществом, что ничтожно в силу п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ, вступить в обязательство воздержаться от распоряжений, нарушение которого сохраняет в силе сами распоряжения, но повлечет обязанность наследодателя возместить вред. Такой договор о бездействии существует в Германии (§ 137 S. 2 BGB), а также допускается в Австрии между супругами, когда они определяют запрет на обременение и отчуждение недвижимого имущества в течение жизни (§ 364c ABGB) [Scherer S., 2018: 237]; [Brox H., Walker W.-D., 2018: 92]; [Süß R., 2015: 972].

2) Посмертная исковая защита против шиканы. Можно гарантировать возврат имущества или возмещение его стоимости после открытия наследства в случае совершения до этого наследодателем злонамеренных подарков

во вред наследникам и отказополучателям (§ 2287, 2288 BGB), либо совершения распоряжений на случай смерти или дарения, которые несовместимы с обязательствами по договору о наследовании (ст. 494 III, ст. 522 ZGB) [Süß R., 2015: 392]; [Scherer S., 2018: 229]; [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1705].

3) Утрата права свободного распоряжения будущим наследством. Это допустимо, если имущество по наследственному договору обменивается на прижизненное предоставление (§ 7:48, 7:50 ГК Венгрии) [Петров Е.Ю., Ренц И.Г., 2017: 44–50].

Из уже имеющихся в ГК РФ правовых инструментов можно использовать следующие гарантии для обеспечения интересов наследников и легатариев:

1) Наследник может потребовать изменения или расторжения договора в судебном порядке, если отчуждение всего имущества или значительной его части наследодателем квалифицировать в качестве *существенного изменения обстоятельств* [Папушина Н.Ю., 2016: 16], что вполне вписывается в норму п. 9 ст. 1140.1 ГК РФ.

2) Компенсация наследнику реальных расходов, связанных с добросовестным исполнением им своих обязанностей по наследственному договору перед наследодателем до дня отчуждения имущества [Гребенкина И.А., 2016: 138], но такая возможность должна быть прямо указана в п. 9 ст. 1140.1 ГК РФ, поскольку по своей природе обязательства наследника не являются меновыми, и стороны должны осознавать отсутствие эквивалентного, встречного исполнения, а потому нормы ст. 328 и п. 4 ст. 453 ГК РФ не могут напрямую применяться.

3) Заверения наследодателя в наследственном договоре о том, что он не будет распоряжаться наследством, могли бы обосновать его обязанность возместить убытки за *misrepresentation* (ст. 431.2 ГК РФ). Однако, применение подобных общих конструкций из договорного права пока находится под сомнением, поскольку, как уже было сказано, наследодатель не берет на себя никаких обязательств, а в ст. 1118 ГК РФ не отражена двойственная природа наследственного договора (договор и завещательное распоряжение). Кроме этого, правовой институт заверений призван гарантировать наличие уже состоявшихся фактов, а не возникающих в будущем, что следует из юридической природы заверений об истинности обстоятельств [Рудоквас А.Д., 2017: 31–47]. Но в любом случае к данному договору не применим *indemnity* (ст. 406.1 ГК РФ), поскольку соглашение не является предпринимательским. Хотя, если предметом наследования будут выступать корпоративные права, то появляется смысл распространить на такие наследственные договоры присущие корпоративным отношениям правовые режимы, а также, например, предусмотреть дополнительное условие о получении еще при жизни

наследодателя согласия иных участников корпорации на включение будущего наследника в их число [Матвеев И., 2008: 43], иначе наследственный договор, очередным образом, будет крайне алеаторным.

7. Виды наследственных договоров

В немецкой юридической доктрине договоры о наследовании в зависимости от роли вовлеченных лиц и характера их распоряжений классифицируются на следующие виды: 1) двусторонний (обе стороны являются наследодателями, но их договорные распоряжения независимы); 2) взаимный (договорные распоряжения наследодателей взаимосвязаны, поэтому недействительность одного распоряжения на случай смерти приводит к недействительности всего договора, что презюмируется в § 2298 BGB); 3) односторонний (только одна сторона совершает договорное распоряжение, а другая сторона в качестве контрагента принимает предложение наследодателя) [Gursky K.-H., Lettmaier S., 2018: 78]; [Frank R., Helms T., 2018: 169]; [Scherer S., 2018: 235].

В ст. 1140.1 ГК РФ совместные распоряжения наследодателей в одном договоре не дифференцируются на взаимосвязанные и независимые, что может нарушить единообразие судебной практики в случае недействительности или отмены одного из распоряжений. На основе ст. 1140.1 наследственные договоры также можно поделить: 1) по предмету: а) простые договоры (назначение наследника или установление легата, завещательного возложения); б) сложные (назначение наследников и возложение обязанностей имущественного или неимущественного характера); 2) по количеству сторон: а) двусторонние; б) многосторонние договоры; 3) по статусу выгодоприобретателя: а) договор в пользу стороны; б) в пользу третьего лица; 4) по старшинству: а) последующий договор; б) более ранний договор. Пункт 1 ст. 1140.1 позволяет выделить виды обязанностей контрагентов наследодателя и третьих лиц: 1) прижизненные; 2) посмертные: а) наследственные (легаты и возложения) и б) вненаследственные (иные обязанности, исполнение которых не ограничено размером наследства) [Петров Е.Ю., 2018: 612].

Посмертные обязанности целесообразно относить к предмету наследственного договора, а прижизненные обязанности по обеспечению наследодателя внешне образуют своеобразную «плату» в соглашении, что напоминает ренту.

Наличие или отсутствие прижизненных обязанностей будущего наследника, которые возникают до открытия наследства (п. 6 ст. 1118 ГК РФ), принято считать основанием классификации наследственных договоров на возмездные и безвозмездные. Однако при включении этих обязанностей в содержание наследственного договора не следует забывать о правовой при-

роде таких отношений в немецкой модели, чтобы понимать юридические последствия применения российского аналога.

Несмотря на то, что в целом немецкие цивилисты разграничивают возмездные и безвозмездные договоры о наследовании, в литературе у некоторых ученых это вызывает недоумение, поскольку соглашение об исполнении предоставлений (даже если оно содержится в том же документе) не является составной частью договора о наследовании, а сам договор о наследовании из-за предоставлений не становится взаимным договором, к которому применимы правила § 320 BGB о встречном исполнении. Поэтому частичное исполнение наследником встречных прижизненных обязательств (например, услуг по уходу) при последующей их отмене не препятствует наследодателю отказаться от его договорных распоряжений, поскольку такое право предусмотрено специальной нормой (§ 2295 BGB) [Gursky K.-H., Lettmaier S., 2018: 77–78]; [Lange K.W. 2017: 122]. Договор об обслуживании, хотя и имеет каузальную связь с договором о наследовании, является самостоятельной сделкой между живыми, поэтому не требует нотариальной формы по § 2276 BGB [Frank R., Helms T., 2018: 169].

Таким образом, договорное распоряжение наследодателя в качестве абстрактной сделки само по себе обосновывает предоставление наследства и не зависит от исполнения обязанности со стороны контрагента, что исключает встречный характер отношений по смыслу § 320 BGB [Scherer S., 2018: 235].

Применение данной догматики в России будет способствовать надлежащей квалификации подобных условий в содержании наследственного договора, поскольку взаимность распоряжений наследодателей или предоставления со стороны контрагента не делают данное соглашение возмездным и взаимным в классическом понимании, так как распоряжение на случай смерти само по себе абстрактно и не обусловлено встречным исполнением.

8. Изменение и прекращение наследственного договора

В ГК РФ не установлено соподчинение завещаний наследственному договору, поэтому, видимо, законодатель допускает изменение и прекращение такого договора только по соглашению его сторон (п. 9 ст. 1140.1 ГК РФ). При этом напрямую не регламентируется характерная для немецкой модели отмена установленных наследственным договором завещательного отказа или завещательного возложения посредством завещания, если контрагент на это согласен (§ 2291 BGB), а также не упоминается отмена договора о наследовании между супругами через их общее завещание (§ 2292 BGB).

В Германии договор о наследовании и включенное в него отдельное распоряжение могут быть отменены по соглашению лиц, заключивших договор (абз.1 § 2290 BGB). После смерти одной из сторон договора отмена не допускается (предлож.2 абз.1 § 2290 BGB). Однако, в доктрине признают, что стороны договора могут также оставить за собой право в одностороннем порядке изменять договорные распоряжения, но, тем не менее, должны существовать и непреодолимые договорные распоряжения [Süß R., 2015: 392].

В отличие от § 2293 BGB по смыслу п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ наследодатель имеет право на односторонний отказ от договора без специальной оговорки об этом. Данное право предусмотрено законом, поэтому в силу п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» невозможно установить в договоре плату за waiver (ст. 310 ГК РФ). Кроме этого, непредпринимательская природа договора препятствует установлению такой платы даже для наследника, если договором ему будет предоставлено право на отказ.

В российской доктрине уже обсуждается разумное и логичное предложение сделать посмертное распоряжение по наследственному договору безотзывным, если наследодатель при жизни получает встречное предоставление [Будылин С.Л., 2017: 32–43].

Неисполнение наследником прижизненного содержания влечет в Германии второе, уже обусловленное, основание для одностороннего отказа наследодателя от договора (§ 2295 BGB). В России последствия нарушения наследником своих обязательств никак не определяются, но данный факт можно использовать для изменения или расторжения договора в судебном порядке, если квалифицировать его в качестве существенного изменения обстоятельств, перечень которых открыт в п. 9 ст. 1140.1 ГК РФ. Как вариант, при злостном уклонении наследника от выполнения своих договорных обязанностей по содержанию наследодателя такое поведение можно было бы квалифицировать в качестве недостойного, но для этого следует дополнить п. 2 ст. 1117 ГК РФ — обязанности по содержанию наследодателя могут возникать не только в силу закона, но и в силу договора. Кроме этого, судебная практика должна ответить на вопрос относительно разумности и справедливости предоставления наследодателю права в одностороннем порядке отказываться от наследственного договора при неисполнении контрагентом обязанностей, если наследником является не данный недобросовестный партнер, а третье лицо, или содержание получает не наследодатель с позиции стороны соглашения, а иной выгодоприобретатель в качестве третьего лица.

Также каждый раз с учетом обстоятельств дела необходимо будет оценивать должен ли наследник в качестве стороны договора нести неблагоприятные последствия прекращения наследственного договора, когда обязан-

ности по содержанию наследодателя или иного лица не выполняет третье лицо, поскольку фразу в п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ «...возлагать на участвующих в наследственном договоре лиц, которые могут призываться к наследованию, обязанность...» на практике могут истолковать таким образом, что любое лицо, которое не заключало наследственный договор, но у которого возникают из него права и (или) обязанности наряду со сторонами договора также признается его участником без статуса контрагента. И здесь необходимо будет через судебную практику установить смысл данной нормы. То ли третье лицо просто должно обладать способностью призываться к наследованию и поэтому на него можно возложить обязанности, хотя, очевидно, что из данного круга лиц должны быть исключены малолетние и недееспособные граждане. То ли на любого участника договора, как на партнера наследодателя, так и на третье лицо, можно возложить обязанности только в том случае, если в пользу обязанного лица имеется посмертное распоряжение наследодателя. Второй вариант толкования не будет соответствовать диспозитивной модели договорного планирования наследования, поскольку сужает спектр вовлекаемых в него субъектов.

В Германии недостойность поведения наследника является третьим основанием для отказа наследодателя от договора (§ 2294 BGB). В ГК РФ установлен общий запрет наследования недостойными наследниками (п. 6 ст. 1140.1), но конкретные последствия изменения личных отношений между наследодателем и наследником в России не определены: это может быть, как прекращение, так и недействительность договора.

В указанных нормах законодательства о недостойных контрагентах отражается сущность наследственного договора, которая проявляется не просто в передаче какого-либо имущества в собственность другому лицу (как, например, в договоре купли-продажи), а в назначении наследника. В отличие от покупателя, личность которого по общему правилу безразлична продавцу, наследник в роли универсального правопреемника продолжает личность самого наследодателя, который, выражая свою последнюю волю, прежде всего желает видеть в наследнике своего достойного преемника, а появление не соответствующих этому качеству обстоятельств делает возможным одностороннее прекращение наследственного договора [Петров Е.Ю., 2015: 71–72]. Недостойность других наследников способна привести к увеличению наследственной доли контрагента наследодателя, что еще раз подчеркивает нетоварность складывающихся по модели российского наследственного договора отношений [Петров Е.Ю., 2018: 618].

В Германии игнорирование лица, имеющего право на обязательную долю, является основанием оспаривания договора о наследовании (§ 2281, 2079 BGB). В России выявление обязательной доли после заключения наследственного договора является частным случаем существенного изменения

обстоятельств, способного повлечь изменение или расторжение договора на основании решения суда (п. 9 ст. 1140.1 ГК РФ), а для наследника по договору, взявшего на себя обязательство, это еще и влечет уменьшение его бремени пропорционально уменьшению причитающегося ему наследства (п. 6 ст. 1140.1).

Толкование содержания наследственного договора в России и его ограничение правилами об обязательной доле согласно ст. 1140.1 ГК РФ не позволяют сделать однозначный вывод о возможности отказа от наследства посредством договора. В Германии договор об отказе от наследства предусмотрен в BGB (§ 2346 — 2352), но он не является договором о наследовании, так как не содержит распоряжений на случай смерти [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 146].

Однако в перспективе, если в России такое соглашение будет допустимо, и оно будет разновидностью наследственного договора, то следует учесть опыт Швейцарии, где Федеральный Верховный суд при системном толковании ст. 494 и 495 ZGB помимо позитивного прямо выделяет негативный вид договора о наследовании (договор об отказе от обязательной доли) [Пучков О.А., Пучков В.О., 2016: 38].

В Швейцарии общие условия отмены позитивного договора о наследовании и отказа от него в целом совпадают с содержанием немецкой модели, в частности, допускается прекращение договора по соглашению (ст. 513 I ZGB), односторонняя отмена назначения наследника или легата при совершении против наследодателя виновного поведения (ст. 513 II ZGB) (что является основанием для лишения наследства (ст. 477 ZGB)), а также односторонний отказ от договора при не исполнении встречного предоставления между живыми лицами (ст. 514 ZGB). Но есть и особенности: сам наследник приобретает право на отказ от негативного наследственного договора, при условии, что согласованная за отказ от наследства компенсация не состоялась, поскольку в доктрине она рассматривается в качестве выкупа наследства наследодателем у обязательного наследника [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1706].

9. Недействительность наследственного договора

Особые последствия порочного изъятия сторонами договора своей воли в ст. 1140.1 ГК РФ не предусмотрены, значит, должны применяться общие положения ГК. В силу абз. 2 п. 5 ст. 1140.1 наследственный договор утрачивает силу в связи с расторжением брака до смерти одного из супругов, а также в связи с признанием брака недействительным. Норма сформулирована категорично, поэтому с учетом иностранного опыта было бы разумно

дозволить супругам определять иное, и на основе п. 3 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» суды должны исходить из диспозитивного определения последствий расторжения брака или его недействительности, если этого требует баланс интересов сторон наследственного договора.

Так, в Германии договор о наследовании между супругами, партнерами или обрученными недействителен в случае расторжения брака или помолвки (§ 2077, 2279 BGB). Однако Федеральный Верховный суд исходит из того, что в силу § 2268 BGB взаимосвязанные распоряжения сохраняют свою взаимосвязанность даже после развода или обращения с ходатайством о разводе, если намерение ее сохранить ясным образом изложено в договоре о наследовании [Scherer S., 2018: 236].

В Австрии при разводе или прекращении брака (§ 42 EheG) договор о наследовании согласно § 1266 S. 1 ABGB утрачивает действие, если супруги не договорились об ином и брак расторгнут при взаимной в равной степени виновности или без таковой. При полной виновности одного из супругов или его виновности в большей степени у другого супруга есть возможность признать действующими его права, вытекающие из брачного пакта (§ 1266 S. 2, 3 ABGB). В случае признания брака недействительным (§ 31 EheG) брачный пакт по § 1265 S. 1 ABGB прекращается с обратной силой. Если супругу при заключении брака не были известны основания его недействительности, то в доктрине полагают, что в такой ситуации должны применяться правовые последствия развода, причем второй супруг, если он знал о причинах недействительности брака, рассматривается как виновный супруг, что делает возможным применение § 1266 S. 2, 3 ABGB [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1643].

В России есть опыт признания действительным брачного договора в целях защиты добросовестного супруга (п. 4 ст. 30 СК РФ). Относительно наследственного договора ничто не мешает сформулировать в ГК РФ на основе австрийской модели аналогичное правило, позволяющее на случай расторжения или недействительности брака сохранить за добросовестным (невинным) супругом право на наследство, которое причиталось бы ему на случай смерти второго супруга, а виновный супруг должен утрачивать всякие права (проявление принципа эстоппеля в наследовании). Это не будет противоречить п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда России от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании», поскольку добросовестный супруг будет призываться не как наследник первой очереди по закону, а как наследник по договору. Защита добросовестного супруга должна быть и при совершении совместного завещания (абз. 3 п. 4 ст. 1118 ГК РФ).

В Швейцарии договор о наследовании согласно ст. 515 I ZGB признается недействительным, если наследник или отказополучатель не переживут

смерть наследодателя [Burandt W., Rojahn D., Balomatis A., 2019: 1706]. Если такое основание внести в ГК РФ и предусмотреть право наследников умершего контрагента требовать в порядке реституции с пережившего его наследодателя ранее уплаченное в пользу последнего прижизненное содержание, то это могло бы минимизировать риски нетоварных отношений в связи с ранней смертью наследника, договорные права которого неотчуждаемы и непередаваемы иным способом (п. 4 ст. 1140.1 ГК РФ).

Если из норм ст. 1140.1 и существа наследственного договора не будет следовать иное, то в отношении него суды смогут применять общие разъяснения Пленума Верховного Суда России по вопросам заключения и толкования договора. В соответствии с п. 43 и п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда от 25 декабря 2018 г. № 49 необходимо иметь в виду следующее:

1) условия договора подлежат толкованию таким образом, чтобы не позволить какой-либо стороне договора извлекать преимущество из ее незаконного или недобросовестного поведения;

2) толкование договора не должно приводить к такому пониманию условия договора, которое стороны с очевидностью не могли иметь в виду;

3) значение условия договора устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом; условия договора толкуются и рассматриваются судом в их системной связи (системное толкование);

4) толкование условий договора осуществляется с учетом цели договора и существа законодательного регулирования соответствующего вида обязательств;

5) при наличии спора суд учитывает презумпцию действительности или заключенности договора, а также презумпцию разумности и добросовестности участников гражданских правоотношений; если условие договора допускает несколько разных вариантов толкования, один из которых приводит к недействительности договора или к признанию его незаключенным, то приоритет отдается тому варианту толкования, при котором договор сохраняет силу.

Соответственно, во всех спорных случаях суд должен стремиться сохранить силу наследственного договора, исходя из разумности и добросовестности его участников, толковать его системно с учетом цели договора о наследовании и существа его регулирования в ст. 1140.1 ГК РФ, а также не допускать преимущество какой-либо стороны соглашения.

Заключение

Поскольку в ГК РФ гарантии наследников и отказополучателей по наследственному договору крайне слабы, данное соглашение является прототипом

особого «завещания» с возможностью возмещения убытков на случай одностороннего отказа наследодателя от договора, но даже эту обязанность «завещатель» может обойти посредством свободы прижизненных распоряжений. Во избежание конкуренции между завещаниями, совместными завещаниями и наследственными договорами в России должны быть сформулированы более ясные правила их соотношения. Для повышения интереса участников гражданского оборота к наследственному договору следует усовершенствовать его модель, в частности:

- 1) обозначить в законе допустимость и пределы применения общих положений обязательственного и договорного права к наследственному договору;
- 2) очевидным образом определить возможность включения завещательных распоряжений в наследственный договор и правила их отмены;
- 3) не нарушая нормы ГК РФ о ничтожности запрещать наследодателю прижизненно распоряжаться принадлежащим ему имуществом после заключения наследственного договора, допустить ограничение такой свободы посредством, например, договора о воздержании от распоряжений, защиты от злостного дарения или с помощью заверений наследодателя;
- 4) сформулировать в законе условия отказа от наследства, в том числе от обязательной доли, через негативный вид наследственного договора;
- 5) защищать наследственные права добросовестного супруга в случае, когда наследственный договор утратил силу в связи с расторжением брака или его недействительностью.



Библиография

Аболонин В.О. Общая характеристика наследственного договора в праве Германии, Австрии и Швейцарии // Нотариальный вестник. 2010. № 2. С. 3–9.

Блинков О.Е. О допустимости коллективных завещаний в российском гражданском праве // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2014. № 1. С. 10–15.

Будылин С.Л. Договор с покойником. Реформа наследственного права России и зарубежный опыт // Закон. 2017. № 6. С. 32–43.

Гребенкина И.А. Совершенствование наследственного права: все ли предлагаемые изменения обоснованы? // Lex Russica. 2016. № 11. С. 135–142.

Журавлева Е.М. Статус nasciturуса в гражданском праве Российской Федерации: автореферат дис. ... к. ю. н. М., 2014. 28 с.

Матвеев И. Наследственный договор // Хозяйство и право. 2008. № 11. С. 39–44.

Папушина Н.Ю. Наследственный договор: перспектива появления в российском наследственном праве // Нотариальный вестник. 2016. № 3. С. 11–18.

Петров Е.Ю. (отв. ред.) Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Логос, 2018. 656 с.

Петров Е.Ю. (ред.) Основы наследственного права России, Германии, Франции. М.: Статут, 2015. 271 с.

Петров Е.Ю., Ренц И.Г. Развитие российского наследственного права // Закон. 2017. № 6. С. 44–50.

Пучков О.А., Пучков В.О. Наследственный договор как особый институт гражданского права иностранных государств: общая характеристика и проблемы правового режима // Правопорядок: история, теория, практика. 2016. № 3. С. 34–39.

Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права. 2017. № 2. С. 31–47.

Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Пер с нем. Т. 1. М.: Иностр. лит., 1950. 483 с.

Brox H., Walker W.-D. Erbrecht. 28 Aufl. München: Vahlen, 2018, 538 p.

Burandt W. et al. Erbrecht. Kommentar. 3 Aufl. München: Beck, 2019, 2050 p.

Frank R., Helms T. Erbrecht. 7 Aufl. München: Beck, 2018, 383 p.

Gursky K.-H., Lettmaier S. Erbrecht. 7 Aufl. Heidelberg: Müller, 2018, 206 p.

Lange K. Erbrecht. 2 Aufl. München: Beck, 2017, 1075 p.

Scherer S. Münchener Anwalts-Handbuch Erbrecht. München: Beck, 2018, 2412 p.

Schmoeckel M. Erbrecht. 5 Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2019, 314 p.

Süß R. Erbrecht in Europa. 3 Aufl. Bonn: Zerber, 2019, 1526 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

The Hereditary Contract: Roman and German Approaches



Dmitry Lorents

Associate Professor, Civil Law and Civil Procedure Department, Law Faculty, Immanuel Kant Baltic Federal University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 14 Aleksandra Nevskogo Str., Kaliningrad 236016, Russian Federation. E-mail: lord-dv@mail.ru; DLorents@kantiana.ru



Abstract

The article analyzes the nature and the risks of the Russian model of the hereditary contract and explores the specifics of similar legal construction in countries of Western democracy. The purpose of the research is to determine the reasonable and fair conditions for the conclusion, execution, termination and invalidation of the hereditary contract in Russia. The paper uses methodology of comparative law and structural-functional analysis, and the work deals with the essence and types of the last will in the contract of inheritance. Since the advent of the family pacts on succession to business in countries with Roman law, there has been a changing the approach to hereditary contracts, which as invalid are generally recognized, and often even no reinterpretation of them into wills. The German model of the hereditary contract has a bipolar legal nature. The doctrine in Germany systematizes guidelines when choosing a way of the last will. The testator must take into account the mutuality of disposals, the marital status of the participants and the nature of lifetime or posthumous duties. In Russia, the hereditary contract is a prototype of a special «testament» with the possibility of damages in case of unilateral refusal. In the

light of the German, Austrian, Swiss and Hungarian experience, the following reception is proposed. First, to differentiate disposals in the agreement of inheritance: on contractual and testamentary, interrelated and independent one. Second, to refrain from qualifying the performance of duties under the contract of inheritance as a classical sign of the obligations. Third, to limit the freedom of lifetime disposal of the inheritance to ensure a balance of interests of the parties to the hereditary contract by means the testator's assurances of inaction and protection against its abuse. Fourthly, to guarantee of the hereditary contractual rights of a bona fide spouse in the event of marriage dissolution or its invalidity.



Keywords

contract of inheritance, conjoint (common) testament, last will, inheritance, gift by a will, onerous contract, invalidity of a hereditary contract.

Acknowledgments: The paper is prepared with support of the Baltic Federal Kant University, program of academic mobility No 5–100.

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: Lorents D.V. (2020) The Hereditary Contract: Roman and German Approaches. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 105–129 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.105.129



References

- Abolonin V.O. (2010) Hereditary contract in the law of Germany, Austria and Switzerland. *Notarial'ny vestnik*, no 2, pp. 3–9 (in Russian)
- Blinkov O.E. (2014) Admissibility of collective wills in Russian civil law. *Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 1, pp. 10–15 (in Russian)
- Brox H., Walker W.-D. (2018) *Erbrecht*. 28. Aufl. München: Vahlen, 538 p.
- Budylin S.L. (2017) Contract with the deceased. Reform of inheritance law of Russia and foreign experience. *Zakon*, no 6, pp. 32–43 (in Russian)
- Burandt W., Rojahn D., Balomatis A. (2019) *Erbrecht. Kommentar*. 3. Aufl. München: Beck, 2050 p.
- Frank R., Helms T. (2018) *Erbrecht*. 7. Aufl. München: C.H. Beck, 383 p.
- Grebenkina I.A. (2016) Improvement of inheritance law: are all the proposed changes reasonable? *Lex Russica*, no 11, pp.135–142 (in Russian)
- Gursky K.-H., Lettmaier S. (2018) *Erbrecht*. 7. Aufl. Heidelberg: Müller, 206 p.
- Jennekerus L. (1950) *German Civil Law Course: Introduction and General Part*. Moscow: Inostr. lit., 483 p. (in Russian)
- Lange K. (2017) *Erbrecht*. 2. Aufl. München: Beck, 1075 p.
- Matveev I. (2008) The hereditary contract. *Hoziaystvo i pravo*, no 11, pp. 39–44 (in Russian)
- Petrov E.Ju. (ed.) (2018) Inheritance law: comment to articles 1110–1185, 1224 of the Russian Civil Code. Moscow: Logos, 656 p. (in Russian)
- Sharinger L., Shpeht L. (eds.) (2013) *General Civil Code of Austria*. Moscow: Statut, 584 p. (in Russian)

- Petrov E.Ju. (ed.) (2015) *Basic of inheritance law of Russia, Germany, France*. Moscow: Statut, 271 p. (in Russian)
- Papushina N.Ju. (2016) The hereditary contract: the prospect of appearing in the Russian succession law. *Notarial'ny vestnik*, no 3, pp. 11–18 (in Russian)
- Petrov E.Ju., Renc I.G. (2017) The development of Russian inheritance law. *Zakon*, no 6, pp. 44–50 (in Russian)
- Puchkov O.A., Puchkov V.O. (2016) The hereditary contract as a special institution of civil law of foreign states: characteristics and legal regime. *Pravoporyadok: istoriya, teoriya, praktika*, no 3, pp. 34–39 (in Russian)
- Rudokvas A.D. (2017) Application of article 431.2 of Russian Civil Code in connection with the principle of good faith. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 31–47 (in Russian)
- Scherer S. (2018) *Münchene Anwalts-Handbuch Erbrecht* 5. Aufl. München: Beck, 2412 p.
- Schmoeckel M. (2019) *Erbrecht*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 314 p.
- Süß R. (2015) *Erbrecht in Europa*. 3. Aufl. Bonn: Zerber, 1526 p.
- Zhuravleva E.M. (2014) The status of *Nazciturus* in the civil law of the Russian Federation. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 28 p. (in Russian)

Начало бизнеса: риск наказания

 **И.А. Клепицкий**

профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: iakle-pitskij@msal.ru

Аннотация

Целью настоящего исследования является анализ рисков уголовного и административного преследования, которое может иметь место в связи с началом коммерческой деятельности. При написании статьи использована традиционная юридическая методология, основным методом исследования — сравнительно-правовой анализ. Риски репрессивных санкций, связанных с осуществлением коммерческой деятельности без регистрации или без лицензии, в правовых системах разных стран различаются. В России установлена уголовная или административная ответственность на незаконное предпринимательством как таковое, вид ответственности зависит от размера дохода или ущерба. В США, Соединенном Королевстве, Франции и Германии уголовная или парауголовная ответственность, по общему правилу, наступает за уклонение от уплаты налогов или страховых взносов. Особенностью французского права является применение астрента для понуждения к регистрации бизнеса. Последний вариант представляется более эффективным в контексте вывода бизнеса из тени, но вызывает сомнения в контексте энтропии правовой системы. Сравнение показывает, что наказание (как уголовное, так и административное) за осуществление коммерческой деятельности без регистрации не является эффективным инструментом для вывода бизнеса из тени. Более удачными британские нормы, когда обязанность уведомления налоговых органов о фактах возникает по мере успеха бизнеса, достижения определенного уровня дохода или прибыли. Ответственность при этом наступает за уклонение от уплаты налогов, причем простое бездействие не влечет уголовного наказания. Российское законодательство о лицензировании видов деятельности утрачивает системное единство и становится трудно обзримым, в связи с чем необходим его серьезный пересмотр. При этом вопрос о санкции (уголовной или иной) должен решаться не с учетом размера дохода, а с учетом опасности, которую деятельность представляет для окружающих. В течение последнего десятилетия повсеместно внедряются системы контроля в отношении бенефициарных владельцев юридических лиц, польза этих норм небесспорна.

Ключевые слова

Россия, США, Соединенное Королевство, Франция, Германия, сравнительное правоведение, регистрация бизнеса, лицензирование, бенефициарные владельцы, уголовное наказание, парауголовные санкции, астрент.

Для цитирования: Клепицкий И.А. Начало бизнеса: риск наказания // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 130–161.

Введение

К числу наиболее общих формальных¹ обязанностей, связанных с ведением бизнеса, относятся: 1) регистрация бизнеса; 2) ведение учета и представление отчетности; 3) получение лицензий, если это необходимо; 4) сравнительно новая обязанность организации вести учет бенефициарных владельцев и представлять информацию о них.

Их неисполнение может быть наказуемым. Сами по себе они и наказание за их неисполнение являются одним из «административных барьеров», которые заставляют потенциального предпринимателя задуматься о том, стоит ли ему заниматься бизнесом, и в какой стране ему лучше будет им заниматься.

1. Россия

Российские власти с переменным успехом борются с теневой экономикой, пытаясь склонить предпринимателей к регистрации бизнеса, что необходимо как для контроля (налогового и иного), так и для статистического учета, важного при формировании и реализации социальной и экономической политики. В 2018 г. власть пошла в этой области на меры неординарные, применив в порядке эксперимента для самозанятых, заявивших в налоговую службу о своей деятельности, особо льготный режим налогообложения² с минимальной ставкой налога 4% и щадящими требованиями к учету и отчетности. Весной 2020 г. число самозанятых составило около 0,5 млн человек³. Налоги, уплаченные ими, превысили налоговые потери, связанные с переходом индивидуальных предпринимателей на новую форму налогообложения.

Эта экспериментальная мера не может затронуть экономику в значительной степени: самозанятым запрещено иметь работников, заниматься не-

¹ В отличие от материальных, напр., обязанности платить налоги и взносы на социальное страхование.

² Федеральный закон от 27.11.2018 N 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» в городе федерального значения Москве, в Московской и Калужской областях, а также в Республике Татарстан (Татарстан)» (СЗ РФ, 03.12.2018 г., N 49, часть I, ст. 7494).

³ Есть и другая (не экспериментальная) категория самозанятых, полностью освобожденных от регистрации в качестве предпринимателя и уплаты налога на доход: няни, репетиторы, уборщицы, помощники по хозяйству и др. (абз. 2 п. 1 ст. 23 ГК РФ, ст. 2 Федерального закона от 27.12.2018 N 546-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации», п. 70 ст. 217 Налогового кодекса). По данным ФНС, на 01.03.2019 г. таковых учтено 3652 человека.

которыми видами деятельности (включая торговлю, кроме торговли самостоятельно произведенными товарами), при превышении годового дохода 2,4 млн. руб. самозанятый обязан прекратить деятельность или зарегистрироваться в качестве предпринимателя. Производство самозанятым также малодоступно, так как налог берется с дохода без вычета расходов. Тем не менее, в ходе эксперимента радикально упрощены учет и отчетность, что следует признать ценным опытом.

Законодательство о регистрации предпринимательской деятельности и лицензировании ее видов в России неоднократно менялось. При этом не претерпел существенных изменений принципиальный подход: незаконное предпринимательство (без регистрации или без необходимой лицензии) наказуемо в административном порядке или в порядке уголовного судопроизводства, в зависимости от размера дохода или ущерба (для уголовной ответственности их размер должен быть крупным, превысить 2,25 млн. руб.).

Насколько такой подход может быть эффективным? Статистика применения ст. 171 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК) весьма скромная и отражает скорее не состояние преступности, а изменения уголовного закона и работу правоохранительных органов.

Таблица 1

**Осуждено в России лиц по ст. 171 УК (незаконное предпринимательство)
(данные Судебного департамента при Верховном Суде РФ)**

Год	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Осуждено лиц	1038	592	288	230	160	208	191	231	220	253	190

Падение числа осужденных в 2010–2013 гг. объясняется увеличением порогового «крупного размера» в 2009 г. с 250 тыс. рублей до 1 млн. (более этих сумм), в 2010 — до 1,5 млн., а также декриминализацией в 2010 г. нарушения условий лицензирования и в 2011 г. — представления в регистрирующий орган ложных сведений. В части представления ложных сведений декриминализация была неполной, ответственность была отчасти даже усилена Федеральным законом от 01.07.2010 N 147-ФЗ, дополнившим УК ст. 170¹⁴. Поэтому представление ложных сведений, совершенное до вступления в силу этого Закона, продолжали квалифицировать по ст. 171 в 2011 и 2012 годах, в 2013 г. сроки давности истекли, что и объясняет снижение количества

¹⁴ Федеральный закон от 01.07.2010 N 147-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (СЗ РФ, 05.07.2010, N 27, ст. 3431).

осужденных⁵. Увеличение в 2016 г. крупного размера до более 2,25 млн. не повлекло заметного снижения числа осужденных, изменение это имело корректирующий характер (учет инфляции), причем практика показывает, что в подавляющем числе случаев незаконное предпринимательство попадает в поле зрения полиции, когда совершается не в крупном, а в особо крупном размере (более 9 млн.). Падение количества осужденных в 2019 г. хотелось бы увязать с введением нового налогового режима для самозанятых, но пока такой вывод делать рано.

Очевидно, что незаконным предпринимательством в России занимаются не сотни и даже не тысячи граждан и иностранцев, в противном случае значительная часть населения не смогла бы прожить на легальные заработную плату, пенсии и пособия. Незаконное предпринимательство, как правило, остается безнаказанным, ст. 171 УК неэффективна, в итоге массовое нарушение закона подрывает уважение к праву и государству. Если сегодня гражданин может позволить себе заниматься незаконным предпринимательством, завтра он не заплатит налоги (если заплатит — рискует быть наказанным по ст. 171). От уклонения от уплаты налогов недалеко до хищений, коррупции и иных более серьезных преступлений. При таких обстоятельствах социальная обусловленность ст. 171 вызывает сомнения. Если закон не соблюдается, актуален вопрос о его отмене.

Норма о незаконном предпринимательстве — наследие советского уголовного права, модернизация нормы о спекуляции. Возрождение рынка в 1990-х годах повлекло отмену ответственности за спекуляцию как таковую, но самостоятельная экономическая деятельность (ведение крестьянского хозяйства, ремесло, торговля, промыслы и т.п.) после десятилетий советской власти уже не рассматривалось в качестве нормального состояния человека. Нормой считалась (и сейчас, к сожалению, считается) работа по найму, предпринимательство воспринималось (осознанно или подсознательно) как нечто предосудительное. Поэтому и регистрации предпринимателей воспринималась как мера допустимая и должная. Такому законодательному решению способствовало и то, что с учетом ряда факторов (сложность учета и отчетности, ограниченные возможности налоговой службы) большая часть граждан не могла самостоятельно платить налоги. Обязанность по исчислению и уплате налогов с дохода работников была возложена на работодателей. Поскольку у предпринимателя нет работодателя, он должен регистрироваться в качестве налогоплательщика и платить налоги самостоятельно. Для регистрации нужен был стимул, в качестве которого избрали наказание за уклонение от нее.

⁵ Соответственно наблюдается рост числа осужденных по ст. 170¹ УК с 2012 г. (11 человек) до 24 в 2013 и 38 в 2014 годах.

Правильность такого решения неоспорна. Для уголовной и административной ответственности важна высокая степень правовой определенности признаков наказуемого деяния как ввиду репрессивного свойства санкций, так и по причине особенностей судопроизводства, инквизиционного на досудебных стадиях, а в определенной мере — и в суде (что особенно актуально для административной ответственности, где на стадии обжалования «сторона обвинения» в суд может не явиться и, соответственно, функцию обвинения принимает на себя судья). Следует учитывать и запрет применения уголовного закона по аналогии. В рамках гражданского процесса аналогия иногда позволяет применять несовершенный закон без ущерба для участников правоотношений, в уголовном же праве запрет аналогии не знает исключений и признается достижением правовой культуры.

Деяние в ст. 171 УК понимается как незаконное предпринимательство без регистрации или без лицензии. Диспозиция статьи бланкетная, она отсылает к ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК), где предпринимательская деятельность определяется как «самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг». Отвечает ли это определение высоким требованиям к правовой определенности?

Рассмотрим несложные примеры. Можно ли считать незаконным предпринимательством деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от сдачи имущества в аренду? Очевидно, что можно, если это деятельность организации. Но ведь сдача имущества в аренду не является продажей товаров, выполнением работ, оказанием услуг. Это и не пользование имуществом, а распоряжение им, передача во временное пользование другому лицу. Сдача в аренду жилья и гаражей в СССР в качестве предпринимательства не рассматривалась. Соответственно, и Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС) разъяснил, что «в тех случаях, когда... лицо приобрело для личных нужд жилое помещение или иное недвижимое имущество либо получило его по наследству или по договору дарения, но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого имущества временно сдало его в аренду или внаем и в результате такой гражданско-правовой сделки получило доход... содеянное им не влечет... ответственности за незаконное предпринимательство»⁶. Означает ли это, что сдачу в аренду приобретенного при иных обстоятельствах имущества следует квалифицировать как незаконное предпринимательство? Например, если предприни-

⁶ Пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18.12.2004 г. N 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» (Бюллетень Верховного Суда РФ, N 1, 2005).

матель прекратил предпринимательскую деятельность, снялся с учета и сдал принадлежащий ему магазин другому предпринимателю? Или гражданин купил квартиру с целью сберечь накопления от инфляции и сдает ее в аренду? Ни закон, ни ВС не дают ответа на этот вопрос.

На практике ст. 171 УК при подобных обстоятельствах не вменяется. Получающие доход от аренды имущества (причем не только недвижимости, но и, например, автомобиля, в том числе и грузового), не скрывают своей деятельности от властей, более того, они нередко судятся с арендаторами в судах общей юрисдикции, которые исходят из того, что их деятельность не является предпринимательской по той простой причине, что они в качестве предпринимателей не зарегистрированы⁷.

При таких обстоятельствах в сложную и неожиданную для них ситуацию попадают зарегистрированные индивидуальные предприниматели, применяющие упрощенную форму налогообложения, которые сдают в аренду и продают свою недвижимость, не рассматривая это в качестве предпринимательской деятельности. Их привлекают к ответственности за уклонение от уплаты налогов⁸.

Другая ситуация — гражданин, не зарегистрированный в качестве предпринимателя, осуществлял деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от строительства и реализации недвижимого имущества и земельных участков⁹. Его осудили по ст. 198 УК за уклонение от уплаты налога несмотря на то, что, согласно разъяснению ВС, незаконное предпринимательство охватывает уклонение от уплаты налога. Здравый смысл и ст. 2 ГК подсказывают, что содеянное является незаконным предпринимательством без регистрации. Но с точки зрения обывденного правосознания продажа недвижимости и продажа товаров — не одно и то же.

Российский закон не признает свободных профессий, но и не отрицает их существования. В частности, получение авторского вознаграждения за результаты собственной творческой деятельности предпринимательством

⁷ Что плохо согласуется с п. 4 ст. 23 ГК, согласно которому гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность без регистрации, не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Причина этому довольно простая. Истец выбирает между судом общей юрисдикции и арбитражным судом с учетом того обстоятельства, зарегистрирован ли его контрагент в качестве предпринимателя. При этом незаконное предпринимательство — это административное правонарушение или преступление, причем как в уголовном, так и в административном праве постулируется презумпция невиновности. В итоге отсутствуют процессуальные условия для реализации п. 4 ст. 23 ГК РФ.

⁸ См.: Приговор Октябрьского районного суда города Кирова от 09.06.2018 по делу N 1-162/2018.

⁹ Приговор Бузулукского районного суда Оренбургской области от 15.05.2015 по делу N 1(1)-211/2015.

не является, даже если произведение создано по заказу издателя, т.е. является результатом работы. Применительно к авторскому вознаграждению обязанность по уплате налога возложена на агента–издателя. При этом писатель, поэт, композитор, профессор и т.п. предпринимателями не являются, даже если они получили вознаграждение от лица, налоговым агентом не являющегося, например, от иностранного издателя или университета. Но как быть, например, с художником, который непосредственно продает свои картины и у которого нет налогового агента?

Очевидно, что хранение денег на банковском вкладе и приобретение сберегательного сертификата хотя и отвечает всем признакам предпринимательства, указанного в ст. 2 ГК, тем не менее предпринимательством не является. Не является предпринимательством инвестиционная деятельность физического лица, если оно инвестирует в капитал организации и участвует в распределении прибыли. Не рассматривается в качестве предпринимательства приобретение в банке драгоценных металлов или валюты с последующей продажей их банку, а также приобретение их на бирже с помощью брокера (хотя это и не бесспорно). Но как быть, если гражданин, находясь в России и используя Интернет, самостоятельно участвует в торгах, например, на зарубежной бирже? Или, к примеру, систематически покупает векселя российского банка и предъявляет их к платежу?

Дискуссионным остается вопрос о понимании в качестве предпринимательства «образовательной» деятельности. Согласно ст. 22 Федерального закона от 29.12.2012 N 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹⁰ образовательные организации учреждаются в форме, установленной для некоммерческой организации. Можно ли при этом квалифицировать как незаконное предпринимательство деятельность руководителя такой организации, не имеющей лицензии, принимающей тем не менее плату за услуги в сфере образования¹¹?

Нет четких критериев отграничения предпринимательства от трудовых отношений, если, к примеру, устный трудовой договор заключен гражданином на время выполнения конкретной работы (например, ремонта квартиры) и оплата труда сдельная. Тут либо работодатель нарушает трудовое законодательство (не оформил договор) и не исполняет обязанности налогового агента, либо работник — незаконный предприниматель.

¹⁰ СЗ РФ, 31.12.2012, N 53 (ч. 1), ст. 7598.

¹¹ В практике наметилась тенденция к признанию такой деятельности незаконным предпринимательством, см., напр.: Апелляционное постановление Московского областного суда от 20.10.2016 по делу N 22-7392/2016; Приговор Октябрьского районного суда города Архангельска от 14.10.2015 по делу N 1-224/2015; Приговор Центрального районного суда города Хабаровска от 12.01.2015 по делу N 1-124/2015.

Учитывая дополнительно то обстоятельство, что систематичность получения прибыли — признак оценочный, приходится констатировать, что признаки незаконного предпринимательства не обладают правовой определенностью, необходимой для уголовно-правового запрета. Особенно остро этот вопрос стоит в связи с тем, что сама по себе деятельность по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг — это деятельность не предосудительная, а полезная.

Серьезные сомнения вызывают и такие признаки незаконного предпринимательства, как доход и ущерб. Очевидно, что само по себе отсутствие регистрации или лицензии ущерба причинить не может, ущерб может быть причинен в результате каких-либо конкретных действий, нарушения специальных правил или общеизвестных мер предосторожности, за что предусмотрена ответственность другими статьями УК [Иванова Я.Е., 2010: 248]. Исключение можно сделать для ущерба в результате уклонения от уплаты налогов, поскольку ВС разъяснил, что незаконное предпринимательство уклонение от уплаты налогов охватывает. Но и в этом случае вменение причинной связи неубедительно. Ведь незаконный предприниматель может подать декларацию и уплатить налог, поэтому даже простейшая концепция причинности «*condition sine qua non*» в этом случае не работает, поскольку непосредственной причиной ущерба будет именно уклонение от уплаты налога, а не отсутствие регистрации. Отсутствие регистрации лишь способствует сокрытию факта уклонения от уплаты налога.

Иногда незаконному предпринимателю вменяются и иные виды ущерба, например, ущерб от незаконной, без лицензии, добычи полезных ископаемых¹² или от незаконного использования средств индивидуализации товаров¹³. Есть мнение, что в качестве ущерба можно рассматривать неуплату сборов за регистрацию и выдачу лицензии [Лебедев В.М., 2019: 266], но поскольку данные государственные услуги не были оказаны, нет оснований и для их оплаты.

¹² В этом случае правильно согласиться с В.С. Комиссаровым [Комиссаров В.С., 2005: 21–24]. Не всякая лицензируемая деятельность — предпринимательская. Ответственность за пользование недрами без лицензии установлена ст. 7.3 и 7.5 КоАП как для физических лиц, так и для организаций, а в случае причинения значительного ущерба — ст. 255 УК. Тем не менее в практике подобные деяния квалифицируются как незаконное предпринимательство по ст. 171 УК.

¹³ Обычно ст. 171 и 180 УК вменяются по совокупности, когда дело рассматривается судом в особом порядке без исследования доказательств. При этом сторона обвинения, не утруждая себя доказыванием крупного размера ущерба, вменяет в этом качестве размер компенсации за незаконное использование средства индивидуализации, заявленный потерпевшими, игнорируя при этом то обстоятельство, что эта компенсация не равна размеру убытков (ущерба), право на ее взыскание предоставлено правообладателю как альтернатива возмещению убытков. При этом опять же отсутствует причинная связь между незаконным предпринимательством и ущербом от незаконного использования товарного знака.

Извлечение крупного дохода само по себе, ущерба не причинившее, — дело доброе и общественно полезное¹⁴. Стоит ли за это наказывать? Благополучие общества определяется благополучием его членов. Зависть и классовая вражда не могут лежать в основе уголовной политики, в ее основе может лежать только любовь к ближнему.

Применительно к осуществлению предпринимательской деятельности без лицензии обоснованность ее криминализации также вызывает серьезные сомнения как ввиду сложности и нестабильности законодательства о лицензировании, так и по той причине, что социальная обусловленность этого законодательства небесспорна.

Федеральный закон от 4.05.2011 N 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»¹⁵ уже не выполняет функцию по систематизации норм о лицензировании бизнеса. Наряду с этим законом лицензирование предусмотрено множеством иных нормативных правовых актов, сложных для обозрения и понимания. Качество их не всегда высокое, иногда они вводят в заблуждение. Так, разрешительный порядок для деятельности по перевозке пассажиров и багажа легковым такси установлен ст. 9 Федерального закона от 21.04.2011 N 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁶. Статья 9 никаких изменений в законодательные акты не вносит, предписание о лицензировании (и вытекающие из него запреты с репрессивными санкциями) установлено непосредственно и только в этой статье. В ст. 12 Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности», предусматривающей лицензирование всех прочих видов перевозки пассажиров, лицензирование такси не предусмотрено.

Процедура принятия данного Федерального закона удивляет. В представленном в Госдуму и принятом в первом чтении законопроекте ст. 9 отсутствовала, в нем было всего четыре статьи, в которых такси не упоминалось. Ответственным в работе над проектом был назначен Комитет Госдумы по конституционному законодательству и государственному строительству.

¹⁴ Сложно согласиться с выводом о том, что состав незаконного предпринимательства материальный, и крупный доход, соответственно, является общественно опасным последствием [Подройкина И.А., 2019: 88]. Правильной представляется позиция, согласно которой состав этого преступления альтернативный, формально-материальный, формальный в случае извлечения дохода, материальный в случае причинения ущерба [Рарог А.И. 2002: 202–203]. Вывод о формальности этого состава в случае извлечения крупного дохода поддержан и другими исследователями: [Иногамова-Хегай Л.В. и др., 2006: 235] (автор параграфа — Л.Д. Ермакова); [Кругликов Л.Л. и др., 2014: 260] (автор главы — С.В. Изосимов); [Бриллиантов А.В. и др., 2015: 536] (авторы главы — Караханов А.Н. и Захаров А.Ю.); [Рарог А.И. и др., 2017: 384] (автор комментария — Л.Д. Ермакова); [Русанов Г.А., 2019: 88]; [Наумов А.В. и др., 2019: 164] (автор главы — Н.А. Лопашенко).

¹⁵ СЗ РФ, 2011, N 19, ст. 2716.

¹⁶ СЗ РФ, 2011, N 17, ст. 2310.

Именно по этому проекту, где ст. 9 не было, даны отзывы Правительства Российской Федерации и заключения комитетов Думы, ни в одном из этих документов слово «такси» не упомянуто. Статья 9 появилась в законопроекте, принятом во втором чтении 8.04.2011. Ни Правительство, ни комитеты Госдумы, включая профильный Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству¹⁷, отзывы и заключения на этот проект не давали. Соответственно, и пояснительная записка к этому законопроекту в части лицензирования такси отсутствует. 6.04.2011. Правовое управление аппарата Думы дало заключение на «доработанный» законопроект, в котором отмечено: «Полагаем, что... нормы ст. 9... относятся к предмету регулирования Федерального закона «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта»». Тем не менее 8.04.2011 проект принят во втором чтении, 11.04. – в окончательной редакции.

В 2012 г. в этот закон внесены изменения, прямо установлен запрет брать пассажира на территории другого субъекта Российской Федерации, даже если перевозка осуществляется в субъект, выдавший разрешение. К этому законопроекту приложена пояснительная записка, где указано что изменения предложены по итогам Первого всероссийского съезда таксистов, прошедшего в Москве 3.08.2011, и отмечено, что «рынок таксомоторных перевозок в Российской Федерации с момента распада советской системы такси, дерегулирования и отмены лицензирования автотранспортной деятельности в 2005 году является по своей сути неурегулированным». Далее цели законопроекта не раскрываются, неясно, желали ли правотворцы продолжить советское строительство, либо их тревожит по какой-то причине дерегулирование отрасли, проведенное их коллегами в 2005 г. Представляется, что запрещение таксисту брать пассажира в соседней области может служить только одной цели — ограничению конкуренции. Прочие последствия (увеличение трафика, пробок, цены «трансграничной» перевозки, загрязнения природной среды) вряд ли можно считать полезными для кого-либо¹⁸.

Сравнительно новой из числа общих обязанностей, предусмотренных для организаций, является обязанность по учету их бенефициарных владельцев и предоставлению информации о них. Неисполнение этой обязанности наказуемо, в России ст. 14.25.1 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП) за это предусмотрено

¹⁷ Изначально законопроект не содержал норм, имеющих отношение к гражданскому и уголовному праву.

¹⁸ Неясно и то, как этот Закон согласуется со ст. 8 Конституции, согласно которой в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

административное наказание в виде штрафа (до 40 тыс. руб. на менеджера организации, до 500 тыс. руб. — на организацию). Обязанность получать и представлять информацию о конечных бенефициарах установлена Федеральным законом от 23.06.2016 N 215-ФЗ¹⁹, дополнившим Федеральный закон от 7.08.2001 N 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» статьей 6¹²⁰. Бенефициарным владельцем признается «физическое лицо, которое в конечном счете прямо или косвенно (через третьих лиц) владеет (имеет преобладающее участие более 25% в капитале) юридическим лицом либо имеет возможность контролировать его действия». Возможность контролировать может быть связана не только с правами на капитал. К примеру, кредитор может контролировать неоплатного должника, в том числе организацию или ее участника.

Информация о бенефициарных владельцах не является открытой, она предоставляется по запросам Росфинмониторинга и налоговой службы. Кроме того, закон предусматривает, что организации обязаны раскрывать информацию о своих бенефициарных владельцах в отчетности в случаях и порядке, которые будут предусмотрены законодательством.

Кредитные организации также обязаны идентифицировать бенефициарных владельцев своих клиентов и предоставлять сведения о них²¹. Административная ответственность за неисполнение этих обязанностей предусмотрена ст. 15.27 КоАП. Административное наказание менеджеров организаций (штраф до 10 тыс. руб.) предусмотрено ст. 15.11 КоАП за грубое нарушение требований к бухгалтерскому учету и отчетности. Налогоплательщики, в том числе и юридические лица, за грубое нарушение правил учета доходов и расходов подлежат ответственности по ст. 120 Налогового кодекса Российской Федерации.

Несмотря на сохраняющиеся риски репрессий за нарушение общих формальных требований к предпринимательской деятельности в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2020», Россия остается «среднячком» и занимает в части простоты ведения бизнеса 28-е место из 190, а по показателю «starting a business» 40-е место.

Попробуем рассмотреть зарубежный опыт на примерах США (лидер и генератор идей в семье общего права, ведущая экономика Запада), Соеди-

¹⁹ СЗ РФ, 27.06.2016, N 26, Часть I, ст. 3884.

²⁰ СЗ РФ, 2001, N 33, ст. 3418.

²¹ См.: Положение об идентификации кредитными организациями клиентов, представителей клиента, выгодоприобретателей и бенефициарных владельцев в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, утвержденное Банком России 15.10.2015 N 499-П (Вестник Банка России, N 115, 16.12.2015).

ного Королевства (родина общего права), Франции (ведущий представитель романской ветви романо-германской семьи) и Германии (соответственно, ведущий представитель германской ветви).

2. США

США в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2020» занимают в части простоты ведения бизнеса 6-е место, в части же «starting a business» — только 55-е место. Следует учитывать, что при определении второго показателя Всемирный Банк исходил из того, что оптимальной формой начала бизнеса является общество с ограниченной ответственностью. Соответственно, он не учел того обстоятельства, что в США гражданин получает право заниматься бизнесом с рождения²², а иностранец — с момента получения рабочей визы.

В США вопросы правового регулирования экономической деятельности решаются в основном на уровне штатов, Конституция США ограничивает полномочия Конгресса в этой сфере регулированием торговли между штатами, внешней торговли и торговли с индейскими племенами. Следуя выбранной методике отбора, рассмотрим вопросы ответственности за незаконное предпринимательство в США на примере Калифорнии, самого богатого штата, и его крупнейшего города, Лос-Анджелеса. Для примера рассмотрим проблемы, связанные с оформлением бизнеса, связанного с оказанием юридических услуг.

Если лицо намерено действовать индивидуально, без привлечения работников, регистрировать особый статус предпринимателя не требуется. Тем не менее, осуществляя самостоятельную деятельность, связанную с извлечением дохода, лицо обязано зарегистрироваться в налоговой службе штата, в противном случае у него не получится платить налоги, возможна ответственность за уклонение от их уплаты.

Неведение бухгалтерского учета как таковое в США не наказывается, если оно не сопряжено с нарушением прав и законных интересов инвесторов или кредиторов. Если же это упущение повлечет неисполнение обязанности по представлению налоговой отчетности — наступает ответственность уголовная. § 7203 26 тома Кодекса США предусматривает штраф в размере до 25 тыс. долл. (корпорация до 100 тыс. долл.) и (или) лишением свободы на срок до одного года, в частности, за умышленное непредставление отчета, декларации и информации, необходимой для налогового контроля)²³. Это

²² Конечно же, младенец будет действовать через представителей.

²³ 26 U.S. Code § 7203. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2018-title26/html/USCODE-2018-title26-subtitleF-chap75-subchapA-partI-sec7203.htm> (accessed: 15.05.2020)

наказание не освобождает от ответственности за неуплату налогов как таковую, оно дополняет ее. Тем не менее лицо не наказывается, если деяние не сопряжено с уклонением от уплаты налогов.

Сложнее обстоит дело с лицензированием — в США многие виды деятельности так или иначе лицензируются, за отсутствие лицензии в зависимости от вида деятельности предусмотрены различные санкции.

§ 6125 калифорнийского Кодекса о бизнесе и профессиях²⁴ запрещает юридическую практику в Калифорнии любому лицу, за исключением того, кто имеет действительную лицензию Палаты адвокатов Калифорнии. Юридическая практика понимается широко, это не только оказание услуг в судах, но и дача советов, консультирование по вопросам права, подготовка договоров и иных юридических документов. Диплом юриста не дает права на юридическую практику, необходимо дополнительно сдать экзамен в Палате и получить лицензию. Наличие статуса адвоката в другом штате или другом государстве не дает права на оказание юридических услуг в Калифорнии, в том числе и по вопросам права другого штата или иностранного государства.

За юридическую практику без лицензии (*unauthorized practice of law*) § 6126 предусматривает уголовное наказание в виде штрафа до 1 тыс. долл. и (или) лишения свободы на срок до одного года. В случае рецидива наказание не может быть мягче заключения в тюрьме округа на 90 дней. Если же юрист лишен лицензии или ее действие приостановлено не по его воле (например, исключен из Палаты в порядке дисциплинарного производства или обвиняется в совершении преступления), и при этом он продолжает оказывать юридические услуги, то лишение свободы может быть назначено на срок до 3 лет. Размер извлеченного дохода и факт причинения вреда не имеют значения для квалификации содеянного. К юридической практике приравнивается рекламирование или представления себя в качестве лица, занимающегося или имеющего право заниматься юридической практикой в Калифорнии.

Кодекс о бизнесе и профессиях предусматривает уголовное наказание и за осуществление без лицензии других видов деятельности, например, за оказание услуг бухгалтерского учета (§ 5120), рекламы (5231 и 5464), архитектуры (5536), инжиниринга (6787), ритуальных услуг (7718.5), геологии и геофизики (7872), за ремонт электроники и бытовой техники (9850), ремонт и техническое обслуживание автомобилей (9889.20 и 9889.21). Наказания предусмотрены в виде лишения свободы на небольшие сроки и (или) небольшого штрафа.

²⁴ California Business & Professions Code. Available at: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=BPC&division=3.&title=&part=&chapter=4.&article=7. (accessed: 15.05.2020)

На уровне округа и города бизнесмен обязан зарегистрироваться в противопожарной службе. При наличии имущества, используемого для ведения бизнеса, стоимостью более 100 тыс. долл., оно декларируется, оценивается и облагается налогом округа. Бизнесмен, если пожелает, может на уровне округа зарегистрировать фирменное наименование, отличное от его собственного имени.

Далее осуществляется согласование бизнеса с городскими властями. Если требуется недвижимость, например, для офиса, то нужно получить разрешение не только на строительство и реконструкцию, но и на покупку и даже аренду, на установку охранной сигнализации, получить бизнес-лицензию на работу в черте города и согласовать в департаменте планирования требования к зонированию (разрешенное использование земли, планы развития территории, дизайн объекта, вывеску и парковку).

Если у лица появились наемные работники или товарищи (участники товарищества) — процедуры регистрации и согласования усложняются. На федеральном уровне нужно зарегистрироваться в качестве работодателя в Департаменте финансов и обеспечить подтверждение работниками и товарищами права на работу в США в иммиграционной службе, встать на учет в качестве работодателя в Департаменте промышленных отношений штата²⁵, в отделе безопасности и здоровья²⁶ и Департаменте справедливой занятости и обеспечения жильем²⁷. Уплатив первую заработную плату, превышающую 100 долл., одному или нескольким работникам, нужно в течение 15 дней зарегистрироваться в службе развития занятости²⁸.

Регистрация корпораций, компаний и товариществ (в том числе и не являющихся юридическими лицами) в Калифорнии находится в ведении секретаря штата²⁹.

²⁵ Department of Industrial Relations контролирует соблюдение трудового законодательства. Available at: <https://www.dir.ca.gov/> (accessed: 15.05.2020)

²⁶ Division of Occupational Safety and Health контролирует соблюдение правил охраны труда, туда нужно представить план по предотвращению производственных травм и заболеваний. Available at: <https://www.dir.ca.gov/dosh/> (accessed: 15.05.2020)

²⁷ Department of Fair Employment and Housing — нужно отчитаться о разъяснении работникам недопустимости домогательств и дискриминации на рабочем месте. Available at: <https://www.dfeh.ca.gov/> (accessed: 15.05.2020)

²⁸ Employment Development Department — нужно будет платить налог на выплату пособий по безработице. Available at: <https://edd.ca.gov/> (accessed: 15.05.2020)

²⁹ Традиционные формы бизнеса в США — индивидуальный бизнес, корпорация (corporation) и товарищество (partnership). Плюс корпорации в ограничении ответственности, минус в том, что корпорации признаются налогоплательщиками и платят корпоративные налоги. В товариществе корпоративного налога нет, налоги платят товарищи, но нет и ограничений ответственности. Компания с ограниченной ответственностью (limited liability company, LLC) — сравнительно новая форма, рекомендованная для мелкого бизнеса, соединяет

США — пионер в части контроля за бенефициарными владельцами организаций, тем не менее контроль этот осуществляется иначе, чем в Европейском союзе и России, где ведение реестра своих владельцев уже возложено на организации. В США обязанность идентифицировать бенефициарных владельцев клиентов и контролировать актуальность этих сведений лежит на финансовых агентах (банках, брокерах и др.) и связана с открытием и ведением счетов. Сведения о клиентах составляют банковскую тайну и представляются только по запросам компетентных органов. В качестве бенефициарного владельца понимается физическое лицо, которое прямо или косвенно на основании договора, соглашения, взаимодействия, отношений или иным образом контролирует 25% или более капитала юридического лица, а также физическое лицо, в значительной мере несущее ответственность за контроль, управление или руководство юридическим лицом, в том числе исполнительный директор, главный менеджер или любое другое лицо, которое на регулярной основе выполняет такие функции. В случае, если 25% капитала контролируется трастом, бенефициарным владельцем признается доверительный управляющий³⁰.

За умышленное неисполнение финансовым агентом этой обязанности предусмотрен штраф до 250 тыс. долл. и (или) лишение свободы на срок до 5 лет. Если деяние сопряжено с нарушением иных федеральных законов или совершено в рамках незаконной деятельности в отношении более 100 тыс. долл. США в пределах 12 месяцев, штраф может быть назначен до 500 тыс. долл., лишение свободы до 10 лет. Штраф, налагаемый на организации, может достигать 1 млн. долл.³¹

07.07.2017 лидеры «большой двадцатки» (G20) подписали в Гамбурге Заявление о противодействии терроризму, было озвучено намерение внедрять «международные стандарты прозрачности и бенефициарного владения», после чего в США оживилась законотворческая работа. В марте 2019 г. Комитет по финансовым услугам Палаты представителей опубликовал проект Закона о прозрачности корпораций³², в котором предусмотрена обязанность

преимущества корпорации и товарищества, с 1988 года LLC в США корпоративных налогов не платит, при этом является юридическим лицом с ограниченной ответственностью. Налоги в LLC платят ее участники с прибыли и работники с заработной платы. Многоступенчатое налогообложение, характерное для российских организаций, их участников и работников отсутствует.

³⁰ 31 CFR § 1010.230. Available at: https://gov.ecfr.io/cgi-bin/text-idx?SID=00ab9027e6de1e6f98d49fd712c0ef99&mc=true&node=se31.3.1010_1230&rgn=div8 (accessed: 15.05.2020)

³¹ 31 U.S. Code § 5322. Available at: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title31/html/USCODE-2011-title31-subtitleIV-chap53-subchapII-sec5322.htm> (accessed: 15.05.2020)

³² The Corporate Transparency Act of 2019. Available at: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2513/text> (accessed: 15.05.2020)

организаций самостоятельно отслеживать и обновлять информацию о своих бенефициарных владельцах, передавая ее в Сеть по борьбе с финансовыми преступлениями³³. За неисполнение предложено «гражданское наказание» (civil penalty) в виде штрафа в размере до 10 тыс. долл., альтернативой которому служит уголовный штраф и (или) лишение свободы на срок до 3 лет.

Нужно учитывать, что американское и британское «civil penalty» отношения к гражданскому праву не имеют. По существу это административные взыскания в худшем смысле этого слова [White R., 2010: 593–616]. Они налагаются исполнительной властью, после чего могут быть обжалованы в суд в порядке гражданского судопроизводства. При этом применяются гражданско-правовые презумпции доказывания и правило о неустранимых сомнениях, которые должны толковаться в пользу обвиняемого, не работает. Судье не требуется «пережить уверенность» в виновности лица, достаточно, если позиция власти будет для него более убедительной (концепция «50+1»). В рамках такого процесса, как и за его рамками, до наложения взыскания стороны могут торговаться по вопросу о признании вины и размеру наказания или взыскания. При этом орган, осуществляющий преследование, по своему усмотрению выбирает, начинать ли ему преследование или воздержаться, применить «гражданское наказание» или инициировать уголовное обвинение.

3. Соединенное Королевство

Соединенное Королевство в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2020» занимает в части простоты ведения бизнеса 8-е место, в части «starting a business» — 18-е, будучи самым успешным по этому показателю из числа выбранных для сравнения государств.

В Соединенном Королевстве, как и в США, ответственность предусмотрена не за незаконное предпринимательство, а за уклонение от уплаты налогов и страховых взносов путем простого бездействия (failure to notify). При этом размер штрафа, не являющегося уголовным наказанием, исчисляется исходя из размера недоимки. Добросовестная уплата налогов лицом, не зарегистрированным в качестве коммерсанта, исключает ответственность. В случае активного обмана, если налогоплательщик сообщит налоговой службе ложные сведения, бесчестно исказит свои налоговые обязанности или предъявит требования, на которые не имеет права, возможна уголовная ответственность.

³³ Financial Crimes Enforcement Network. Available at: <https://www.fincen.gov/> (accessed: 15.05.2020)

Самозанятому, заработавшему в течение налогового года (с 6 по 5 апреля) более 1 тыс. фунтов, для правильных исчисления и уплаты налогов нужно зарегистрироваться в качестве индивидуального коммерсанта (sole trader) не позже 5 октября следующего года. Он может сделать это и раньше, например, в целях получения налоговых льгот или добровольного участия в системе социального обеспечения³⁴. При этом налог на доход не взимается, если доход не превысил 12,5 тыс. фунтов в год. С суммы, превышающей 12,5 тыс., начисляется 20%, превышающей 50 тыс. — 40%, превышающей 150 тыс. — 45%.

В части социального страхования, если прибыль менее 6475 фунтов в год — страховой взнос можно не платить. Налоговая служба должна быть уведомлена о достижения порогового значения в течение трех месяцев после окончания того месяца, когда прибыль превысит 6475 фунтов. Взнос составит 3 фунта 5 центов в неделю. Если годовая прибыль превысит 9501 фунтов, ставка составит 9%, при этом с суммы, превышающей 50000 фунтов, берется всего 2%.

Если доход коммерсанта превысит 85 тыс. фунтов — он становится плательщиком НДС (от 0 до 20%) и обязан уведомить об этом налоговую службу в течение 30 дней по достижении этого порога. При этом он, соответственно, получает право на зачет и возврат НДС³⁵. В случае найма работников возникает обязанность платить налог с оплаты труда, для исполнения которой нужно зарегистрироваться в системе Pay As You Earn, доступной в Интернете³⁶, что освобождает по общему правилу работников от обязанности подавать налоговую декларацию.

Штраф за непреднамеренную неуплату налогов и взносов может составить от 0 до 30% недоимки, в зависимости от добровольности уведомления налогоплательщиком налоговой службы о своих налоговых обязанностях и срока просрочки (более или менее 12 месяцев). В случае преднамеренной неуплаты штраф может составить от 20 до 70%, если же преднамеренная неуплата сопряжена с сокрытием фактов — от 30 до 100%. В качестве смягчающих обстоятельств рассматривается содействие налоговой службе в ходе проведения проверки (сообщение и признание фактов, незамедлительность этого, полнота ответов, помощь в понимании учетных документов, быстрые ответы на письма, согласие на встречи и визиты в удобное время, самостоятельное исчисление недоимки и др.).

³⁴ Лишь в некоторых случаях, напр., если коммерсант намерен варить пиво или заняться организацией азартных игр, необходимо предварительное уведомление за 14 дней до начала деятельности.

³⁵ В США, в отличие от европейских стран, НДС не взимается, взимается налог с продаж, различный в разных штатах, как это было и в России до 2004 года, когда налог с продаж заменили НДС.

³⁶ Available at: <https://www.gov.uk/payee-online> (accessed: 15.05.2020)

Штраф не взимается, если уведомление налоговой службы о налоговых обязанностях не сделано по уважительной причине, при этом неисполнение обязанности не было преднамеренным и уведомление сделано после отпадения уважительной причины без неоправданной задержки.

За неисполнение обязанностей по ведению бухгалтерского учета, необходимого для представления «полной и аккуратной» налоговой декларации, по его хранению (срок хранения шесть лет), в Соединенном Королевстве предусмотрен штраф 3 тыс. фунтов, не являющийся уголовным наказанием, а в отношении директоров компаний — дисквалификация. Привлечение к ответственности за это правонарушение, как и в США, не освобождает от ответственности за уклонение от уплаты налогов.

В Соединенном Королевстве, как и в других странах, некоторые виды деятельности лицензируются. Так, Закон о лицензировании (2003)³⁷ предусматривает лицензирование розничной торговли алкоголем и организации контролируемых развлечений (ночные клубы, проституция и т.п.). Наказание за деятельность без лицензии или с нарушением ее условий, а также поощрение этому (например, со стороны хозяина или менеджера ночного клуба) влечет наказание в виде лишения свободы на срок до 6 месяцев и (или) штрафа. Закон о финансовых услугах и рынках³⁸ предусматривает аналогичное наказание за осуществление без лицензии профессиональной деятельности в соответствующей сфере. Лицензируются и другие виды деятельности: медицина, фармацевтика, оборот наркотиков и др. Лицензионными полномочиями наделены и органы местного самоуправления, которые вправе устанавливать собственные ограничения в некоторых сферах деятельности (контролируемые развлечения, уличная торговля, торговля продовольствием и алкоголем, акупунктура и татуирование, размещение рекламы и др.)³⁹. Единого нормативно-правового акта, систематизирующего лицензирование, в Соединенном Королевстве нет, тем не менее, работа по информированию населения о лицензировании (причем не только видов коммерческой деятельности) ведется на правительственном сайте в Интернете⁴⁰.

Наказания (уголовные и иные, обычно штрафы) за осуществление деятельности без лицензии и нарушение ее условий сравнительно мягки, при

³⁷ Licensing Act 2003. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/17/contents> (accessed: 15.05.2020)

³⁸ Financial Services and Markets Act 2000. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents> (accessed: 15.05.2020)

³⁹ См.: Local Government (Miscellaneous Provisions) Act 1982. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/30> (accessed: 15.05.2020)

⁴⁰ Available at: <https://www.gov.uk/browse/business/licences> (accessed: 15.05.2020)

этом наказуемость деяния не ставится в зависимость от размера извлеченного дохода.

Обязанность компании по учету своих бенефициарных владельцев предусмотрена ч. 21А Закона о компаниях (2006)⁴¹. В этом качестве рассматриваются физические лица, осуществляющие в значительной степени контроль в отношении компании: 1) владеющие прямо или косвенно более 25% капитала; 2) контролирующие прямо или косвенно более 25% голосов; 3) имеющие возможность прямо или косвенно назначать или освобождать большинство совета директоров; 4) имеющие право осуществлять или фактически осуществляющие значительное влияние или контроль в отношении компании; 5) доверительный управляющий траста или член организации, не являющейся юридическим лицом, если они отвечают любому из означенных признаков.

В отличие от России и США эта информация доступна для публики⁴². Неисполнение обязанности по ведению реестра бенефициарных владельцев влечет наказание в виде штрафа и (или) лишения свободы на срок до двух лет.

4. Франция

Франция в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2020» занимает в части простоты ведения бизнеса 32-е место, следуя сразу за Китаем и отставая от России на четыре позиции, в части «starting a business» — 37-е место, обгоняя Россию на три позиции. Для Франции, как и для Германии, характерен дуализм частного права. Наряду с правом гражданским существуют право торговое и, соответственно, торговые кодексы, в которых ключевое значение имеет фигура коммерсанта⁴³, индивидуального или коллективного (коммерческой организации).

Понятие коммерсанта (*commerçant*) раскрывается через понятие коммерческих действий (ст. L110-1 — L110-1 Торгового кодекса) и признака профессиональности, повторяемости в совершении таких действий (*profession*

⁴¹ Вступила в силу в 2016 г.

⁴² За что активно выступает международная неправительственная организация Transparency International, российское отделение которой признано выполняющим функцию иностранного агента.

⁴³ В Российской империи принято было называть этот статус «купец», но в постсоветский период возобладал неологизм «предприниматель», который объят не только купцов в традиционном их понимании, но и крестьян, ремесленников и некоторых представителей творческих профессий. Поскольку термин «купец» в современной российской юридической терминологии вышел из употребления, применительно к зарубежному праву в качестве наиболее универсального целесообразно использовать термин «коммерсант», следы использования которого есть и в нашем праве (напр., «коммерческая организация»).

habituelle) (ст. L121-1). Перечень коммерческих действий довольно обширный (приобретение имущества для перепродажи, посреднические операции при продаже недвижимости, бизнеса, акций и др.). Признак «profession habituelle» — оценочный, совершение случайных сделок не рассматривается в качестве коммерческой деятельности. Коммерсант обязан зарегистрироваться в Реестре торговли и обществ при коммерческом суде, в территориальной подсудности которого он осуществляет деятельность⁴⁴.

Неисполнение обязанности зарегистрироваться не влечет наказания. Тем не менее судья, наблюдающий за Реестром, вправе по своей инициативе, по требованию прокурора или другого заинтересованного лица обязать человека зарегистрироваться в качестве коммерсанта. За неисполнение этой обязанности до вступления в силу Закона от 22.03.2012 N 2012-387⁴⁵ было предусмотрено наказание в виде штрафа, налагаемого в порядке уголовного судопроизводства. Действующий Закон заменил это наказание астрентом (astreinte) — денежным штрафом за неисполнение судебного решения, который не считается уголовным наказанием (ст. L123-3 Торгового кодекса).

Считать эту меру в качестве гражданско-правовой можно лишь с большими натяжками. Лишь отдаленно астрент напоминает неустойку. Главное отличие астрента от неустойки в том, что размер штрафа не определен ни в законе, ни в договоре. Судья определяет условия астрента (размер и сроки) произвольно, по своему усмотрению (ходатайства заявителя для этого не требуется), причем деньги взыскиваются в казну. От уголовного наказания астрент отличается, опять же, отсутствием материально-правовой регламентации санкции и каких-либо гарантий, свойственных уголовному судопроизводству⁴⁶. Кроме того, не требуется, чтобы астрент был справедливым наказанием, это сугубо инструментальная мера принуждения.

Уплаты штрафа можно избежать, исполнив решение суда. Первоначально судья назначает предварительное взыскание и предоставляет срок для исполнения обязанности, в случае исполнения астрент аннулируется⁴⁷. Если решение не исполнено в срок, астрент становится окончательным, и штраф

⁴⁴ Ранее существовала категория «самозанятых» (*autoentrepreneur*), ремесленников и т.п., освобожденных от регистрации в Реестре, однако в 2014 г. их обязали зарегистрироваться в качестве коммерсантов со всеми вытекающими из этого последствиями. См.: Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises. Available at: <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000029101502> (accessed: 15.05.2020)

⁴⁵ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Available at: <https://beta.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000025553296> (accessed: 15.05.2020)

⁴⁶ В истории российского права сходный аналог астрента можно усмотреть в «правеже».

⁴⁷ Статья L131-2 Кодекса исполнительного производства (Code des procédures civiles d'exécution). Available at: https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000025024948/ (accessed: 15.05.2020)

высказывается за каждый день просрочки, пока решение не будет исполнено. Если решение не исполнено вследствие «внешней причины» (*cause étrangère*), понимаемой сходно с непреодолимой силой, возможно полное или частичное аннулирование астрента, опять же по усмотрению судьи.

Таким образом, наказание за незаконное предпринимательство (без регистрации) во Франции не предусмотрено, возможно наказание за уклонение от уплаты налогов. Тем не менее штраф до 4,5 тыс. евро и лишение свободы до 6 месяцев предусмотрены за обман, недобросовестное предоставление неточной или неполной информации при регистрации бизнеса, при изменении или дополнении сведений в Реестре (ст. L123-5 Торгового кодекса).

Неисполнение и ненадлежащее исполнение обязанности по ведению бухгалтерского учета считается налоговым преступлением и наказывается как уклонение от уплаты налога (даже если сумму недоимки нельзя установить или ее нет). В частности, данная норма может применяться на стадии приготовления к уклонению от уплаты налога [Jeandidier W., 2000: 204]. Наказание предусмотрено в виде лишения свободы на срок до 5 лет и штрафа до 500 тыс. евро или удвоенной суммы недоимки с поражением в правах или без такового⁴⁸. Приговор публикуется⁴⁹. В случае совершения деяния организованной группой и при наличии иных отягчающих обстоятельств лишение свободы может быть назначено на срок до 7 лет, штраф до 3 млн. евро с поражением в правах⁵⁰. В отличие от России, для уголовной ответственности не требуется, чтобы размер недоимки был крупным, но, если сумма недоимки не превышает 153 евро, лишение свободы не может быть назначено на срок более 5 лет.

Нормы о лицензировании отдельных видов деятельности во Франции не систематизированы, наказание за их нарушение предусмотрено, как правило, мягкое, ответственность не ставится в зависимость от размера причиненного ущерба или извлеченного дохода. Лишь в редких случаях предусмотрены строгие санкции. Так, ст. L4161-5 Кодекса общественного здравоохранения⁵¹ предусматривает лишение свободы на срок до 2 лет и штраф (30 тыс. евро) за незаконное (в частности, без диплома, без необходимого сертификата или сопряженное с нарушением иных формальностей)

⁴⁸ Статья 1743 Общего кодекса о налогах (*Code général des impôts*) отсылает в части наказания за неведение учета к ст. 1741, предусматривающей ответственность за уклонение от уплаты налогов путем обмана. Таким образом, отсутствие надлежащего учета в нарушение правовой обязанности влечет такую же ответственность, как и доказанное налоговое мошенничество.

⁴⁹ Суд может принять мотивированное решение об отказе в распоряжении об опубликовании.

⁵⁰ Суд вправе не применять поражение в правах, если мотивирует это в приговоре.

⁵¹ *Code de la santé publique*. Available at: https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000025024948/ (accessed: 15.05.2020)

осуществление медицинской деятельности, даже если деяние совершаются в присутствии врача. Исключение сделано для студентов-медиков, медсестер и некоторых других лиц. Ни извлечения дохода, ни причинения вреда для применения этой статьи не требуется⁵². Даже если лицо просто неправоммерно именует себя врачом, наказание за это предусмотрено в виде лишения свободы на срок до одного года и штрафа до 15 тыс. евро (ст. 433-17 Уголовного кодекса).

В большинстве случаев для тех или иных видов деятельности, подлежащей особым мерам контроля, требуется не разрешение, а уведомление. Кроме того, наказуемо осуществление некоторых видов деятельности (например, продажа алкоголя, лекарственных трав и др.) вне специально отведенных для этого мест.

Ордонансом N 2016-1635 от 01.12.2016⁵³ Денежный и финансовый кодекс⁵⁴ дополнен ст. L561-46–L561-50, вступившими в силу поэтапно в 2017 и 2018 годах. Статьи эти предусматривают обязательное ведение регистра бенефициарных владельцев организаций (*le registre des bénéficiaires effectifs*).

В качестве бенефициарных владельцев называет физических лиц, прямо или косвенно контролирующую организацию, или лиц, для которых совершается операция или осуществляется деятельность (ст. L561-2-2). На практике таковыми признают прямо или косвенно владеющие более 25% капитала или голосов в организации, а также прочие, осуществляющие иным образом контроль в отношении директоров или управления организации. В случае их отсутствия в качестве эффективного бенефициара указываются формальные руководители организации.

Организации, подлежащие регистрации в Реестре торговли и обществ, обязаны получать и хранить информацию о своих эффективных бенефициарах (исключение делается для обществ, акции которых допущены к торгам на биржах). Информация о бенефициарах приобщается к Реестру торговли и обществ, но при этом пока остается конфиденциальной. Она предоставляется только по запросам организации, ее предоставившей, а также по запросам компетентных органов (судов и правоохранительных органов, финансовой разведки, таможенных, налоговых и иных уполномоченных органов). Другому лицу эти сведения могут быть предоставлены только судьей, наблюдающим за Реестром, если это лицо обоснует свой интерес относительно

⁵² В случае извлечения любого дохода дополнительно вменяется ст. L4163-3 (штраф 4,5 тыс. евро, а при рецидиве 9 тыс. евро и лишение свободы на 6 месяцев).

⁵³ Ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033511344&categorieLien=id> (accessed: 15.05.2020)

⁵⁴ Code monétaire et financier. Available at: https://beta.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072026/ (accessed: 15.05.2020)

получения информации⁵⁵. Исполнение обязанностей по учету организацией ее эффективных бенефициаров и представлению соответствующей документации также обеспечено астрантом. При этом в ст. L561-49 в дополнение к астранту предусмотрено наказание, налагаемое в порядке уголовного судопроизводства (лишение свободы до 6 месяцев и штрафа до 7,5 тыс. евро), не только за предоставление неполной или неточной информации, но и за ее непредставление.

5. Германия

Германия в рейтинге Всемирного Банка «Doing Business 2020» занимает в части простоты ведения бизнеса 22-е место из 190, в части «starting a business» — 125-е место.

Понятие коммерсанта (Kaufmann) в торговом праве Германии сходно с французским, в этом качестве рассматривается любое лицо (физическое или юридическое), которое занимается коммерцией (Handelsgewerbe). В отличие от Франции, перечень коммерческих действий в действующем германском законе отсутствует, под коммерцией понимается «любой промысел (Gewerbebetrieb), за исключением такого, когда для предприятия (в смысле «дела», Unternehmen) по его характеру и масштабу не требуется организация коммерческим образом»⁵⁶. Понятие коммерческой деятельности (Handelsgewerbe) развито в доктрине. Считается, что коммерческая деятельность направлена вовне (товары, работы, услуги не для собственного потребления, предоставляются или предлагаются другим лицам), она должна иметь плановый, систематический характер (случайные сделки не рассматриваются в качестве коммерческой деятельности), должна быть дозволенной (например, контрабанда и торговля наркотиками не отвечают этому признаку), самостоятельной (в отличие от деятельности наемных работников) и иметь целью извлечение прибыли.

⁵⁵ Таковы минимальные требования Директивы Европейского союза (Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849> (accessed: 15.05.2020)

⁵⁶ § 1 Торгового кодекса (Handelsgesetzbuch). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/> (accessed: 15.05.2020) Общее представление о субъектах торгового права Германии можно получить, ознакомившись со статьей Т.П. Шишмаревой [Шишмарева Т.П., 2018: 60–65].

С одной стороны, регистрация коммерсанта — дело добровольное. С другой, если лицо не зарегистрировано в качестве коммерсанта, само по себе ведение промысла (*Gewerbe*) влечет возникновение обязанности уведомить об этом орган местного самоуправления⁵⁷. Для разъездной и лоточной торговли необходимо получить письменное разрешение⁵⁸. Представители многих ремесел (каменщики, бетонщики, печники, столяры, кровельщики, штукатуры, маляры, стекольщики, трубочисты, водопроводчики, электрики, пекари, кондитеры, зубные техники, ортопеды, парикмахеры и др.) обязаны пройти обучение и зарегистрироваться в Палате ремесел⁵⁹.

Ответственность за неисполнение этих обязанностей в виде денежного взыскания до 50 тыс. евро, не являющегося уголовным наказанием, предусмотрена абз. 1 § 8 Закона о борьбе с черной работой и нелегальной занятостью от 23.07.2004⁶⁰. Такая же ответственность предусмотрена за дачу поручения другому лицу выполнить при таких обстоятельствах работы или оказать услуги⁶¹.

Для привлечения к ответственности по абз. 1 § 8 не требуется доказывать уклонение от уплаты налогов. Нарушение Устава о промыслах (отсутствие регистрации в органе местного самоуправления и лицензии на разъездную и лоточную торговлю) влечет ответственность, если деятельность осуществлялась в значительном (*erheblich*) размере (оценочный признак). Для взыскания за нарушение Устава о ремеслах значительный размер не требуется.

Не рассматриваются в качестве «черной работы» (*Schwarzarbeit*) услуги, не приносящие стабильной (*nachhaltig*) прибыли, если они совершены: в отношении родственников, сожителей; сугубо из уважения к конкретному лицу; в виде помощи соседям и в некоторых других случаях.

Таким образом, незаконное предпринимательство (без регистрации) в Германии рассматривается в качестве нарушения порядка (*Ordnungswidrigkeit*) и может повлечь серьезное денежное взыскание (*Geldbuße*)⁶².

Закон о борьбе с «черной работой» предусматривает жесткие нормы, направленные на профилактику правонарушений. Так, лица, занятые в не-

⁵⁷ § 14 Устава о промыслах (*Gewerbeordnung*). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/> (accessed: 15.05.2020)

⁵⁸ Там же. § 55.

⁵⁹ § 1 Устава о ремеслах (*Handwerksordnung*). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/hwo/BJNR014110953.html> (accessed: 15.05.2020)

⁶⁰ Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vom 23. Juli 2004 (*Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz — SchwarzArbG*). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/schwarzarb_2004/ (accessed: 15.05.2020)

⁶¹ Услуги понимаются широко и охватывают, к примеру, продажу товаров.

⁶² Германское «нарушение порядка», по существу, представляет собой административное правонарушение.

которых отраслях (строительство, рестораны, гостиницы, транспорт и логистика, шоу-бизнес, лесное хозяйство, уборка, оборудование ярмарок и выставок, работа с мясом, проституция), обязаны иметь при себе удостоверение личности. За отсутствие денежное взыскание предусмотрено как для работника, так и для работодателя⁶³. Налоговые и иные органы имеют обширные полицейские полномочия в части осмотра интересующих их объектов, проверки документов, истребования документов и информации, расследованию преступлений и нарушений порядка. Воспрепятствование в реализации этих полномочий также считается нарушением порядка и влечет взыскания. Уголовная ответственность этим Законом предусмотрена за явную (*auffällig*) дискриминацию незаконных трудовых мигрантов в сравнении с немецкими работниками и иные преступления, связанные с использованием труда незаконных трудовых мигрантов.

Основным риском ответственности незаконного предпринимателя является при этом не денежное взыскание за «черную работу», а уголовное наказание (до 5 лет лишения свободы или штраф) за уклонение от уплаты налогов (*Steuerhinterziehung*, § 370 Налогового устава⁶⁴), в том числе и за простое бездействие [Waas B., 2014: 200]⁶⁵. Следует учитывать, что в Германии, как и во Франции (в отличие от России), уголовная ответственность наступает за уклонение от уплаты налогов в любом размере, крупный размер не требуется. При этом налоговое мошенничество в Германии возможно как с прямым, так и с косвенным умыслом [Müller K., 2018: 308 — 310]⁶⁶.

Если незаконный предприниматель нанимает работников, он дополнительно подлежит наказанию по § 266а Уголовного кодекса за уклонение от уплаты страховых платежей на своих работников (до 5 лет лишения свободы или штраф).

Если налогоплательщик не ведет учета или учетная документация утрачена, например, сгорела при пожаре, и в результате налоговая служба не может определить (есть она или нет) или точно рассчитать налоговую базу, служба обязана ее оценить с учетом всех известных значимых обстоятельств (§ 162 Налогового устава). Налогоплательщик при этом обязан добросовестно сотрудничать с налоговой службой, восстанавливая учетную документацию. В противном случае он рискует тем, что исчисленные для него налоги будут

⁶³ Работодатель не подлежит ответственности за отсутствие у работника удостоверения, если представительно разъяснил работнику обязанность его иметь при себе под расписку и предъявил эту расписку проверяющему.

⁶⁴ *Abgabenordnung*. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/ (accessed: 15.05.2020)

⁶⁵ При особо отягчающих обстоятельствах — и до 10 лет лишения свободы.

⁶⁶ В случае неосторожности неуплата налога считается нарушением порядка и на основании § 378 влечет денежное взыскание в размере до 50 тыс. евро за нарушение порядка.

больше, чем он платил бы, выполнив обязанность по ведению учета и сохранив учетные документы. Ему даются сроки для представления материалов, необходимых для исчисления налога. В случае неисполнения требований налоговой службы возможно дополнительное взыскание к начисленным налогам в размере до 1 млн. евро, при этом плата за каждый день просрочки должна быть не менее 100 евро. Если же в итоге налогоплательщик впадет в несостоятельность — ему грозят до 5 лет лишения свободы или штраф по § 283, до 10 лет лишения свободы по § 283а либо до 2 лет лишения свободы или штраф по § 283b Уголовного кодекса в зависимости его субъективного отношения к содеянному и иных обстоятельств.

Нормы о лицензировании видов деятельности в Германии частично систематизированы в Уставе о промыслах, на основании которого лицензируются медицинские услуги (§ 30), частная охрана морских судов (§ 31), показ людей (например, стриптиз, настольный танец), за исключением выступлений преимущественно художественного, спортивного, акробатического и иного подобного характера (§ 33а), игровое оборудование (§ 33с), прочие игры с возможностью выигрыша (§ 33d), игорные залы или аналогичные предприятия (33i), ломбарды (§ 34), охранная деятельность (§ 34а), продажа на аукционе чужого имущества (§ 34b), риелторы, кредитные брокеры, строители (как застройщики, так и подрядчики), жилищно-эксплуатационные предприятия (§ 34с), страховые агенты и консультанты (§ 34d и 34е), финансовые организации и консультанты (§ 34f и 34h), ипотечные брокеры (§ 34i). Коммерческие перевозки автомобильным транспортом лицензируются на основе § 3 Закона об автомобильном транспорте⁶⁷. Хранение ядерного топлива, его использование и переработка, строительство и эксплуатация ядерных установок — на основе § 6, 7 и 9 Закона о мирном использовании ядерной энергии и защите от ее опасностей⁶⁸. Строительство и эксплуатация объектов с повышенной опасностью вредного воздействия на окружающую среду, иным образом создающих угрозу, ущемляющих или беспокоящих население, а также захоронение и переработка отходов — на основе § 4 Закона о защите окружающей среды от вредного воздействия, вызванного загрязнением воздуха, шумом, вибрацией и аналогичными процессами⁶⁹.

⁶⁷ Güterkraftverkehrsgesetz vom 22. Juni 1998. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/g_kg_1998/BJNR148510998.html (accessed: 15.05.2020)

⁶⁸ Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren vom 15. Juli 1985 (Atomgesetz). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/atg/> (accessed: 15.05.2020)

⁶⁹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 17. Mai 2013 (Bundes-Immissionsschutzgesetz — BImSchG). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/bimschg/BJNR007210974.html> (accessed: 15.05.2020)

Проституция и связанная с ней деятельность — на основе § 3 и 12 Закона о защите лиц, занимающихся проституцией⁷⁰. Подлежит лицензированию и деятельность представителей некоторых свободных профессий (адвокаты, врачи и др.). Неправомерное использование лицом профессионального наименования (врач, адвокат, аудитор и др.) наказывается на основании § 132а Уголовного кодекса.

По общему правилу, осуществление видов деятельности, лицензируемых на основе Устава о промыслах, признается нарушением порядка (абз. 1 § 144) и влечет денежное взыскание в размере до 5 тыс. евро. Если правонарушение выразилось в осуществлении без лицензии деятельности финансовой организации, финансового консультирования или частной охране морских судов, размер взыскания может составить до 50 тыс. евро. Уголовная ответственность (до одного года лишения свободы или штраф) предусмотрена в случае систематического повторения нарушений порядка или их нарушения, сопряженного с поставлением в опасность жизни, здоровья или ценного имущества другого (§ 148).

За некоторые виды незаконной деятельности, независимо от ее систематического повторения и создания серьезных опасностей, уголовная ответственность установлена в Уголовном кодексе: азартные игры (§ 284, лишение свободы до 5 лет⁷¹)⁷²; лотереи и розыгрыши (§ 287, до 2 лет); работа с отходами (§ 326, до 5 лет), эксплуатация ядерных объектов (абзац 1 § 327, до 5 лет); эксплуатация прочих объектов, опасных для окружающей среды и здоровья населения (абзац 2 § 327, до 3 лет); обращение с радиоактивными материалами, опасными веществами и грузами (§ 327, до 5 лет).

Директива ЕС в части ведения реестра бенефициарных владельцев (Wirtschaftlich Berechtigter — хозяйственный распорядитель) реализована Законом от 23.06.2017, понятие хозяйственного распорядителя раскрывается в § 3 Закона о выявлении доходов от тяжких преступлений⁷³. За неисполнение обязанности § 56 предусматривает денежное взыскание для физиче-

⁷⁰ Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (Prostituiertenschutzgesetz — ProStSchG). Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/prostschg/BjNR237210016.html> (accessed: 15.05.2020)

⁷¹ В этом абзаце указана только верхняя граница санкций в виде лишения свободы, во всех случаях есть альтернатива в виде штрафа.

⁷² Организация и проведение азартной игры в Германии наказываются и в том случае, если деятельность не является промыслом (штраф или лишение свободы на срок до 2 лет по абзацу 1 § 284). Наказуемо и участие в неразрешенной азартной игре, если она является публичной, т.е. предлагается публике как услуга (штраф или лишение свободы на срок до 6 месяцев по § 285).

⁷³ Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz — GwG) vom 23. Juni 2017. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/gwg_2017/ (accessed: 15.05.2020)

ского лица в размере до 1 млн. евро, для юридического — до 5 млн. евро, но не более 10 % его оборота.

Заключение

Социальная обусловленность уголовно-правовой нормы о незаконном предпринимательстве (без регистрации) вызывает серьезные сомнения. Эту норму целесообразно исключить из УК РФ. Ни в одной из исследованных правовых систем, кроме российской, уголовная ответственность за это не предусмотрена. В США, Соединенном Королевстве и Франции за это не предусмотрено никакой ответственности. В Германии предусмотрен штраф, не являющийся уголовным наказанием. Незаконное предпринимательство без регистрации не может причинить никакого вреда, вред может быть причинен в результате уклонения от уплаты налогов⁷⁴, что и заслуживает разумного наказания. Далеко не всегда лицо, решившее заняться бизнесом, может реализовать свои планы и получить прибыль от коммерческой деятельности. При этом уже сам факт регистрации бизнеса налагает на человека обременительные обязанности, связанные с учетом, отчетностью и отношениями с многочисленными надзирающими и контролирующими органами, что не способствует деловой активности, развитию экономики и росту народного благосостояния. Удачным в этом контексте является британский опыт, когда обязанности человека по уведомлению налоговой службы возникают по мере достижения успехов в бизнесе. Именно успехи являются значимыми фактами, с которыми связано возникновение обязанностей, посильных для любого гражданина как в экономическом (доход и прибыль), так и в организационном плане (несложный учет и отчетность, использование простых и понятных интернет-сервисов). Извлечение незарегистрированным предпринимателем дохода в крупном размере — это не основание для наказания, а повод для поздравления, основание порадоваться повышению уровня жизни народа. Кроме того, это основание для приглашения налогоплательщика в налоговую службу. Налоговая служба при этом должна действовать аккуратно, чтобы не нанести серьезного вреда человеку, не разорить и не напугать его. Пусть предприниматель продолжает и развивает успешно начатое дело. Обычный человек не боится ответственности за незаконное предпринимательство и уклонение от уплаты налогов, он либо не осведомлен о сложностях хозяйственного и налогового законодательства⁷⁵, либо осознает

⁷⁴ Это относится и к вреду, причиняемому конкурентам, точный размер которого, пригодный для уголовного судопроизводства, исчислить невозможно.

⁷⁵ Типичная ситуация для вменения ст. 198 УК РФ (уклонение физического лица от уплаты налога) — гражданка получила в наследство недвижимость, уплатив немалую пошлину,

небольшую вероятность выявления налоговой службой его доходов. Он боится налогового инспектора, уже общение с инспектором для него наказание. Ситуация должна быть изменена. Инспектор должен стать человеком, который помогает платить налоги и которого не нужно бояться⁷⁶.

Опасность незаконного предпринимательства без лицензии не связана ни с причинением крупного ущерба, ни с извлечением крупного дохода. Она связана с созданием абстрактной опасности причинения вреда. В случае причинения крупного ущерба причиной будет не отсутствие лицензии, а нарушение специальных правил (экологических, строительных и иных) или общих мер предосторожности. Применение нормы о незаконном предпринимательстве в случаях самовольной, без лицензии, добычи полезных ископаемых подменяет применение нормы об экологическом преступлении. При вменении нормы о незаконном предпринимательстве, причинившем ущерб в результате незаконного использования товарных знаков, нарушается уголовный закон и принципы уголовного судопроизводства. Осуществление без лицензии некоторых видов предпринимательской, а иногда и непредпринимательской деятельности (например, безвозмездного катания пассажиров на большом теплоходе или проведение полостных хирургических операций из любопытства), заслуживает наказания или иных санкций, независимо от того, причинило ли это крупный ущерб и повлекло ли извлечение дохода в крупном размере. При этом перечень видов лицензируемой деятельности заслуживает ревизии и систематизации. Следует учитывать, что лицензирование неизбежно ограничивает конкуренцию и создает почву для коррупции. Всякое регулирование, создающее административные барьеры, вредно, если убедительно не доказано противное.

Российский законодатель серьезно недооценивает опасность неисполнения обязанности по ведению бухгалтерского учета и подлогов в документах учета и отчетности, ложного декларирования. При этом норма о незаконном предпринимательстве без регистрации не решает этой проблемы, так как незаконный предприниматель невидим для налоговой службы. Факт извлечения дохода может быть зафиксирован в ходе оперативной разработки. По истечении срока подачи декларации налогоплательщик, не подавший декларацию, может быть приглашен в налоговую службу, где ему предло-

продала ее бесхитростно, декларацию о доходе не представила. Зачем же ее наказывать? Ей нужно объяснить обязанность по уплате налога. Это мог бы сделать и нотариус, выдавая свидетельство о праве на наследство. В итоге, приняв наследство, можно оказаться в убытке и с судимостью.

⁷⁶ Трудно не согласиться с польским профессором Л. Митрусом, который, рассматривая вопрос о профилактике «серой» занятости в Европе, отдает предпочтение не санкциям, а позитивным стимулам, поскольку они дают больше возможностей для решения проблемы [Mitrus L., 2014: 186].

жат подать декларацию. В случае уклонения от представления или обмана налогоплательщик заслуживает справедливого наказания, сходного с наказанием за обычное мошенничество. В случае уклонения можно было бы рекомендовать и астрент, если бы эта инновация не была столь спорной в контексте правовой культуры. Мягкие санкции за бездействие целесообразно сочетать с жесткими за активный обман. Налогоплательщику нужно помогать платить налоги, учить его этому и приучать.

Политика в отношении бенефициарных владельцев организаций вызывает серьезные опасения в контексте чрезмерного расширения возможностей чиновников и аффилированных с ними финансовых и деловых структур в части давления на бизнес. Эту информацию можно использовать, в частности, в недобросовестной конкуренции для устранения конкурентов и в ходе рейдерских захватов бизнеса. В любом случае инвестиции не должны быть наказуемыми, это может повлечь бедственные последствия для экономики государства, власти которого не понимают необходимости уважать инвесторов. В качестве примера можно привести норму о субсидиарной ответственности лиц, контролирующих кредитную организацию⁷⁷. Возможный положительный эффект от таких норм ничтожен, а вред осязаем. Изобретение корпораций с ограниченной ответственностью, разделение функций и ответственности инвестора и менеджера — одна из причин опережающего развития экономик Запада. Зачем же отказываться от этого?



Библиография

Бриллиантов А.В. и др. Уголовное право России. М.: Проспект, 2015. 1184 с.

Иванова Я.Е. Незаконное предпринимательство: вопросы теории и проблемы правоприменения: дис... к.ю.н. М., 2010. 248 с.

Иногамова-Хегай Л.В., Рарог А.И., Чучаев А.И. и др. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть М.: ИНФРА-М, 2006. 739 с.

Комиссаров В.С. Не всякая лицензируемая деятельность — предпринимательская // Законность, 2005. N 11. С. 21–24.

Кругликов Л.Л. и др. Уголовное право России. Часть особенная. М.: Проспект, 2014. 816 с.

Наумов А.В., Кибальник А.Г. и др. Уголовное право. Т. 2. Особенная часть. М.: Юрайт, 2019. 499 с.

Подройкина И.А. и др. Преступления в сфере экономики. М.: Юрайт, 2019. 230 с.

Рарог А.И. и др. Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. М.: Юрист, 2002. 640 с.

Русанов Г.А. Экономические преступления. М.: Юрайт, 2019. 224 с.

⁷⁷ Ст. 189.23 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», введена Федеральным законом от 22.12.2014 N 432-ФЗ (СЗ РФ, 29.12.2014, N 52, часть I, ст. 7543).

Шишмарева Т.П. Субъекты торгового права Германии // Актуальные проблемы российского права. 2018. N 2. С. 60–65.

Jeandidier W. Droit pénal des affaires. Paris: DALLOZ, 2000, 589 p.

Mitrus L. The Fight against Undeclared Work: Sanctions and Incentives. *European Labour Law Journal*, 2014, no 2, pp. 174–186.

Müller K. Steuerhinterziehung (§ 370, 371 AO). Berlin: Gruyter, 2018. 416 S.

Ohana D. Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany. *University of Toronto Law Journal*, 2014, no 2, pp. 243–290.

Waas B. Undeclared Work: Possible Sanctions on Closer Examination. *European Labour Law Journal*, 2014, no. 2, pp. 187–201.

White R. “Civil penalties”: oxymoron, chimera and stealth sanction. *Law Quarterly Review*, 2010, no 10, pp. 593–616.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Starting a Business: Risk of Penalties



Ivan A. Klepitskij

Professor, Criminal Law Chair, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: iaklepitskij@msal.ru



Abstract

The risks of penalties for doing business without registration and for unauthorized business activities are different in the legal systems of different countries. Russia establishes criminal or administrative liability for illegal business activities as a crime in itself. In the United States, the United Kingdom, France and Germany criminal or civil penalties generally apply for tax evasion or failure to pay for social insurance. The peculiarity of French law is the use of *astreinte* to force business registration. This approach seems to be more effective in the context of business withdrawal from the shadows, but it raises apprehension in the context of the entropy of the legal system. Carrying out unauthorized activities in Western legal systems entails criminal or civil penalties regardless of the size of the income. The type of activity and other circumstances are taken into account. Over the past decade, registration systems for the final beneficiaries of legal entities are being introduced everywhere. The comparative study leads to the conclusion that punishment (both criminal and administrative) for engaging in commercial activities without registration is not an effective tool for getting business out of the shadows. British rules seem more successful. In England and Wales the obligation to notify tax authorities of the facts arises as the business succeeds, reaches a certain level of income or profit. Responsibility is provided for tax evasion, and failure to act does not entail a criminal charge. Russian legislation on licensing activities loses consistency and becomes difficult to foreseeable, its revision is necessary. The question of sanctions (criminal or otherwise) for unauthorized activities should be decided not on the base of the amount of income, but on the base of the danger that the activity poses to others. Registration systems for beneficial owners entail dubious benefits and are fraught with additional problems.



Keywords

Russia; USA; United Kingdom; France; Germany; comparative law; business registration; licensing; beneficial owners; criminal penalties; civil penalties; astreinte, paracriminal sanctions, astrather.

For citation: Klepitskij I.A. (2020) Starting a Business: Risk of Penalties. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 130–161 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.130.161



References

Brilliantov A.V. (ed.) *Criminal Law of Russia. Parts General and Special*. Moscow: Prospekt, 1184 p. (in Russian)

Inogamova-Hegaj L.V., Rarog A.I., Chuchaev A.I. (eds.) (2006) *Criminal Law of the Russian Federation*. The Special Part. Moscow: INFRA-M, 739 p. (in Russian)

Jeandier W. (2000) *Droit pénal des affaires*. Paris: DALLOZ, 589 p.

Ivanova Y. E. (2010) *Illegal Enterprise: Theoretical and Law Enforcement Issues*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 248 p. (in Russian)

Komissarov V.S. (2005) Not all licensed activities are business. *Zakonnost'*, no 11, pp. 21–24 (in Russian)

Kruglikov L.L. (ed.) (2014) *Criminal law of Russia*. Special Part. Moscow: Prospekt, 816 p. (in Russian)

Mitrus L. (2014) The Fight against Undeclared Work: Sanctions and Incentives. *European Labour Law Journal*, no 2, pp 174–186.

Müller K. (2018) *Steuerhinterziehung (§§ 370, 371 AO)*. Berlin: Gruyter. 416 S.

Naumov A.V., Kibal'nik A.G. (eds.) (2019) *Criminal Law*. Moscow: Yurait, 499 p. (in Russian)

Ohana D. (2014) Administrative Penalties in the Rechtsstaat: On the Emergence of the Ordnungswidrigkeit Sanctioning System in Post-War Germany. *University of Toronto Law Journal*, no 2, pp. 243–290.

Podroikina I.A. et al. (2019) *The Economic Crimes*. Moscow: Yurait, 230 p. (in Russian)

Rarog A.I. (ed.) (2017) *Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation*. Moscow: Prospekt, 912 p. (in Russian)

Rusanov G.A. (2019) *The Economic Crimes*. Moscow: Yurait, 224 p. (in Russian)

Shishmareva T.P. (2018) Subjects of German Trade Law. *Aktual'nye problemy rossiskogo prava*, no 2, pp. 60–65 (in Russian)

Waas B. (2014) Undeclared Work: Possible Sanctions on Closer Examination. *European Labour Law Journal*, no 2, pp. 187–201.

White R. (2010) “Civil penalties”: oxymoron, chimera and stealth sanction. *Law Quarterly Review*, no 10, pp 593–616.

Трудовое право: вызовы информационного общества



И.А. Филипова

доцент, кафедра трудового и экологического права Национального исследовательского Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского (ННГУ), кандидат юридических наук. Адрес: 603950, Российская Федерация, Нижний Новгород, пр. Гагарина, 23. E-mail: irinafilipova@yandex.ru



Аннотация

Переход от индустриальной к цифровой экономике воздействует на трудовые отношения. Цифровые технологии повышают уровень автоматизации производства и сервиса, использование программного обеспечения и робототехники влечет изменения в организации наемного труда. Предметом настоящего исследования является правовое регулирование наемного труда в условиях применения работодателем новых цифровых технологий для повышения эффективности производства и осуществления контроля за выполнением работниками трудовых обязанностей. Трудовое право возникло и сформировалось в период индустриального общества, многие его нормы и институты не рассчитаны на изменения, происходящие в современном обществе в результате цифровизации. Это снижает возможности трудового права как регулятора системы трудовых отношений в новых условиях. Целью исследования является анализ социальных изменений, влияющих на сферу труда, и выделение блоков правового регулирования наемного труда, изменений в которых будет происходить в ближайшее время. При анализе и формулировании выводов рассмотрены и учтены позиции российских и зарубежных специалистов по экономике труда и трудовому праву. Среди основных методов научного познания, использованных автором: анализ и синтез, абстрагирование и обобщение, формально-юридический и сравнительно-правовой методы, а также метод правового моделирования. Сделаны выводы о неизбежном реагировании трудового права на изменения, связанные с процессами цифровизации. Изменения коснутся таких институтов трудового права, как рабочее время, время отдыха, охрана труда, защита персональных данных работников, гарантии и компенсации работникам, социальное партнерство. В трудовом законодательстве должны появиться нормы, обязывающие работодателей переобучать работников при их замене системами искусственного интеллекта, ограничивающие использование средств контроля за выполнением работниками трудовых обязанностей и применение систем искусственного интеллекта для интеллектуального анализа данных. Изменения коснутся также круга субъектов трудового права.



Ключевые слова

правовое регулирование труда, трудовые отношения, трудовая функция, работник, работодатель, контроль, автоматизация, искусственный интеллект, робототехника.

Благодарности: работа подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (проект № 19-011-003-20).

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

Для цитирования: Филипова И.А. Трудовое право: вызовы информационного общества // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 162–182.

УДК: 349.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.162.182

Введение

Современное общество вплотную приблизилось к наступлению Четвертой промышленной революции. «Сквозные» цифровые технологии — нейротехнологии, технологии искусственного интеллекта и робототехники, квантовые технологии, технологии беспроводной связи, виртуальной и дополненной реальности, технологии «интернета вещей» — все глубже проникают в различные сферы общества, воздействуя на содержание общественных отношений и меняя поведение человека.

Проблемы, связанные с повышением уровня технологического развития общества, находятся в центре внимания международных организаций, правительств и исследовательских институтов различных уровней. Эти проблемы касаются и сопутствующих цифровизации экономики изменений в сфере труда. К примеру, в апреле 2019 года на сайте Европейской комиссии опубликован итоговый доклад экспертной группы изучения влияния цифровой трансформации на рынки труда, в котором указывалось на необходимость адаптации трудовых отношений к новым реалиям в целях предотвращения рисков для безопасности и гигиены труда¹. В Конгресс США в 2019 году внесен законопроект об использовании искусственного интеллекта в сфере труда — AI Jobs Act², в котором говорится об изменении возможностей работников и работодателей вследствие распространения систем искусственного интеллекта на производстве.

Процесс перехода общества от индустриальной экономики к цифровой меняет трудовые отношения. Происходящие изменения носят как количественный, так и качественный характер. Внедрение «сквозных» цифровых технологий в производство и сервис поступательно повышает уровень их

¹ Final report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence> (дата обращения: 25.04.2020)

² AI Jobs Act. Available at: <https://www.congress.gov/116/bills/hr827/BILLS-116hr827ih.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

автоматизации: возрастают объемы применения сложного программного обеспечения и роботизированных систем, что влечет изменения в организации наемного труда. Компьютерные программы с элементами искусственного интеллекта сегодня используются для автоматизированного выполнения задач, которые всего несколько лет назад решали работники.

Среди новых условий, на которые не рассчитано действующее трудовое законодательство: замена работников на рабочих местах робототехникой, значительное изменение функционала работника в связи с автоматизацией производства, распространение в рабочей среде технологий виртуальной и дополненной реальности и т.д. Согласно докладу³, подготовленному в 2018 году комиссариатом по стратегии при правительстве Франции, развитие цифровых технологий и распространение систем искусственного интеллекта в последующие годы вызовет технологические изменения, оказывающие огромное влияние на занятость и содержание труда. Последствием автоматизации в течение ближайших 15 лет может стать исчезновение до 40–50% рабочих мест, имеющих к настоящему моменту [Lee K., 2018: 4].

Трудовое законодательство, сформированное в общем виде в эпоху индустриального общества, не в состоянии эффективно реагировать на происходящие изменения; набор новых рисков и новых проблемных моментов, связанных с развитием цифровых технологий, не принимается во внимание [Villani C., 2018: 114]. Начавшееся структурное изменение мировой экономики, трансформация рынков труда требуют внесения серьезных поправок в законодательство.

В России реализуется национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации», нацеленная на трансформацию российского государства и общества в связи с переходом от индустриального общества к цифровому. Программа включает ряд федеральных проектов, выполнение которых позволит осуществить этот переход. Среди таких проектов: «Нормативное регулирование цифровой среды», «Кадры для цифровой экономики», «Цифровое государственное управление». Реализация указанных проектов зависит от адаптации правового регулирования труда к новым условиям.

Цель данного исследования: проанализировать происходящие в обществе изменения, оказывающие наибольшее влияние на сферу наемного труда, учитывая позиции российских и зарубежных специалистов в этой области; выделить основные блоки в правовом регулировании труда, внесение изменений в которые будет произведено в течение ближайших лет; сформу-

³ Intelligence artificielle et travail. Rapport à la ministre du travail et au secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargé du numérique, 2018. Available at: <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-rapport-intelligence-artificielle-28-mars-2018.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

лизовать некоторые необходимые поправки к российскому трудовому законодательству.

1. Цифровизация как причина изменений в системе трудовых отношений

Процессы, связанные с цифровизацией экономики и общества в целом, оказывают определяющее воздействие на отношения между работниками и работодателями, «не случайно поэтому, что как в МОТ, так и в среде научных исследователей по трудовому праву, экономике и социологии труда в последнее время все чаще поднимаются вопросы о том, как именно изменится регламентация отношений в сфере труда в XXI в.» [Лютов Н.Л., 2019: 99]. Организация труда в значительной степени зависит от уровня развития экономики и «сам тип трудового права во многом определялся типом экономики и уровнем развития общественных экономических отношений» [Лушников А.М., 2020: 56]. Эта позиция правоведов — специалистов в области трудового права согласуется с мнением экономистов и социологов, утверждающих, что система трудовых отношений вошла в стадию серьезной трансформации, связанной с процессами цифровизации общества.

Среди экономистов, изучающих воздействие цифровизации на сферу труда, можно назвать, например, нобелевского лауреата Дж. Стиглица, его коллег из других исследовательских центров: А. Коринека, М. Вебба, Д. Айсемоглу, М. Гуса, А. Мэннинга. По наблюдению профессора университета Вирджинии А. Коринека, рост цифровых технологий значительно опережает развитие трудовых ресурсов, автоматизация труда уменьшает потребность в работниках. Необходимо осознать, что с точки зрения экономики и люди, и системы искусственного интеллекта — это объекты, поглощающие ограниченные ресурсы (питание, электричество и т.д.). Наступает период, когда системы искусственного интеллекта все больше превосходят возможности людей, поэтому конкуренция за дефицитные ресурсы будет разыгрываться между людьми и искусственным интеллектом [Korinek A., 2019: 1]. Его поддерживает профессор Стэнфордского университета М. Вебб, подчеркивающий, что с увеличением производительности робототехники спрос работодателей на работников будет снижаться. Причем, если труд, осуществление которого возможно лицами низкой квалификации, более подвержен воздействию роботов, то профессии, требующие наличия среднего уровня квалификации, скорее подвержены замене программным обеспечением [Webb M., 2019: 31]. Автоматизация сокращает затраты труда и снижает общий спрос на рабочую силу, поэтому в эпоху быстрой автоматизации возрастает вероятность ухудшения положения работников [Acemoglu D., Restrepo P., 2019: 3].

Рост численности единиц робототехники относительно численности рабочих мест демонстрирует устойчивую тенденцию к увеличению доли человеко-машинных комплексов, распространению человеко-машинного взаимодействия, что ведет к новому разделению труда в контексте развивающегося технологического общества с включением систем искусственного интеллекта. Возможности машинного обучения вызовут в ближайшие годы преобразования во всех отраслях экономики и во многих профессиях. Речь пока не идет о полной автоматизации рабочих мест, но изменение круга задач работников и потребность в реинжиниринге производственной среды неизбежны [Brynjolfsson E., Mitchell T., Rock D., 2018: 44].

С экономистами соглашаются социологи, указывая, что, несмотря на «внедрение новых интеллектуальных технологий, мы по-прежнему живем в индустриальном ландшафте, основанном на индустриальных установках, определяемых через индустриальные онтологии» [Peters M., 2020: 486]. Поэтому, как и при предыдущем переходе от аграрного общества к индустриальному, большинство прогнозов о влиянии новой волны технологий повторяют прошлый опыт — концентрируются на изменениях, которые должны быть произведены, чтобы сохранить сложившееся общество, в то время как цифровизация производства и сервиса изменяет положение работников, они все чаще вынуждены трудиться, например, в условиях прямого контакта с робототехникой. Исследователи-социологи Ф. Мур из Лестерского университета и М. Упчерч из Мидлсексского университета (Лондон) обращают внимание на новые риски, которые возникают для работников в условиях осуществления трудовых функций, требующих контакта с роботами [Moore P., Upchurch M., Whittaker X., 2018: 1–2].

Опираясь в том числе и на исследования названных выше специалистов, правоведы приходят к выводу, что трудовое право будет трансформироваться, так как должно реагировать на изменения и создавать эффективные инструменты для регулирования трудовых отношений в условиях цифрового общества [Seghezzi F., Tiraboschi M., 2018: 32]. По словам профессора Левенского католического университета В. де Стефано, внедрение новых технологий на рабочих местах заставляет беспокоиться о будущем наемного труда. Обсуждение вероятных количественных потерь рабочих мест в результате технологических инноваций не должно исключать из дискуссии вопрос о качестве рабочих мест на будущих рынках труда [De Stefano V., 2018: 1], т.е. о нормативных рамках, позволяющих формировать условия наемного труда.

Вопросами трансформации правового регулирования труда из-за идущей цифровизации экономики интересуется все больше зарубежных специалистов в области трудового права, среди них: В. де Стефано, М. де Во, С. Эстлунд, И. Прасль, М. Рисак, Ф. Хендрикс. Российские правоведы тоже

приступили к изучению влияния цифровых технологий на сферу труда и правовое регулирование трудовых отношений. В рамках этой тематики исследований опубликована монография профессора П.Е. Морозова «Выход из научного застоя: о необходимости использования технологии Data Mining в науке трудового права» [Морозов П.Е., 2019], а также ряд научных статей Н.Л. Лютова, Л.В. Зайцевой, Э.И. Лескиной и иных авторов. Содержание опубликованных материалов позволяет сделать вывод, что изменения в сфере труда как следствие процессов цифровизации вызывают потребность в изменении правового регулирования, делая необходимым пересмотр ряда положений трудового законодательства.

2. Изменение условий наемного труда

Изменение условий труда происходит по следующим направлениям:

переход на электронный документооборот, в том числе между работодателями и работниками;

цифровизация контроля работодателя за выполнением трудовых обязанностей работниками путем использования высокотехнологичных средств контроля;

автоматизация рабочих процессов через делегирование части функций сложным компьютерным программам (программам-помощникам или виртуальным цифровым ассистентам, чат-ботам);

автоматизация рабочих процессов через внедрение робототехники на рабочие места (оснащение производственных цехов и складов промышленными, в том числе коллаборативными роботами, рассчитанными на непосредственный контакт с работниками, и внедрение профессиональных сервисных роботов в сфере услуг);

интеллектуализация процессов управления через применение систем поддержки принятия решения с элементами искусственного интеллекта (алгоритмический менеджмент) и т.д.

Почему эти процессы можно назвать тенденциями, меняющими сферу труда в ближайшие годы? Уровень развития цифровых технологий делает их использование экономически выгодным для работодателей (продукты цифровых технологий становятся все более разнообразными, совершенными, стоимость их производства уменьшается), а некоторые дополнительные факторы усиливают привлекательность этих мер. Среди таких факторов — эпидемиологические риски: пандемии типа COVID-19 требуют минимизации физических контактов между людьми.

Происходящие изменения начинают отражаться на правовом регулировании наемного труда. Так, с 01.01.2020 действуют поправки к Трудовому

кодексу Российской Федерации (далее — ТК) о введении электронного формата трудовых книжек. Следующим шагом стал переход на ведение всей документации, касающейся трудовых отношений, в электронном виде в качестве правового эксперимента, участниками которого становятся отдельные работодатели⁴. Программой «Цифровая экономика Российской Федерации» предусмотрен перевод всех документов в электронный формат, включая кадровые документы и локальные нормативные акты. В ТК потребуются установить требования к электронному формату указанных выше документов и процедуре издания локальных нормативных актов работодателем.

К изменениям в трудовом законодательстве приведет и расширение использования работодателями цифровых инструментов для контроля за выполнением трудовых обязанностей работниками. Работник должен добросовестно исполнять обязанности, возложенные трудовым договором, соответственно, работодатель вправе проверять, насколько добросовестно работник выполняет трудовую функцию. К примеру, работник не вправе в рабочее время и на рабочем оборудовании заниматься личными делами, вести личную переписку, а работодатель имеет право контроля за контентом и за передачей работником информации посредством электронных коммуникаций. Специальные компьютерные программы, установленные на рабочем оборудовании, отслеживают и собирают информацию в режиме реального времени. Российскими судами признано право работодателей мониторить рабочие компьютеры сотрудников. Согласно действующему законодательству, такой контроль будет нарушением закона только если работодатель использует технические средства, применение которых запрещено, или производит наблюдение без предупреждения, либо такой контроль явно не соответствует трудовой функции работника.

Современные цифровые инструменты — программы, сканеры, сенсорные датчики — существенно расширяют возможности работодателей контролировать работников. Это объясняется техническим прогрессом параллельно в трех направлениях: в совершенствовании инструментов проверки, их удешевлении, в скорости передачи и обработки информации [Rodríguez-Piñero Royo M, 2019: 91]. Большую роль в распространении этих технологий сыграло и повышение внимания к вопросам безопасности в общественных местах.

Подобным образом реализуемый контроль со стороны работодателя меняет условия труда: работники постоянно находятся «на виду», их действия записываются и могут быть просмотрены и проанализированы в любое вре-

⁴ Федеральный закон от 24.04.2020 № 122-ФЗ «О проведении эксперимента по использованию электронных документов, связанных с работой». Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202004240028> (дата обращения: 25.04.2020)

мя; налицо увеличивающееся с развитием технологических возможностей нарушение баланса интересов в системе отношений «работодатель — работник», зафиксированного трудовым законодательством.

Установленные законом ограничения не являются эффективными при контроле работодателя с помощью технических устройств нового поколения, таких как средства для нейронаблюдения, например, головные уборы, отслеживающие волны мозга и эмоции работника [De Stefano V., 2020: 1], а также при использовании работодателем систем интеллектуального анализа данных, способных на основе получения информации из различных источников (видеокамер, интернет-траффика, трекеров и внешних баз данных) прогнозировать поведение работника, давая рекомендации работодателю по принятию превентивных мер.

Насколько это привлекательно для работодателя, можно увидеть, обратившись к зарубежному опыту: некоторые крупные компании, в частности, «Амазон», если позволяет законодательство, уже увольняют работников автоматически — по результатам контроля за выполнением работниками трудовых обязанностей с помощью сенсоров и систем слежения. Решение о прекращении допуска работника на территорию работодателя и о завершении трудовых отношений принимается на основе алгоритмического управления процессами. Российское и европейское трудовое законодательство не дают работодателю таких возможностей: увольнение работника по инициативе работодателя ограничено нормами права, но возникает другая проблема — нормы, ограничивающие право работодателя увольнять работников и делающие такое увольнение затратным, стимулируют работодателей к замещению работников роботизированными приложениями и робототехникой [Estlund C., 2018: 326].

Чем дальше тем больше выполняя работу с использованием специальных компьютерных программ, трудясь рядом с робототехникой, работники включаются в «цифровую среду». Таким образом, общий уровень цифровизации всех процессов, протекающих в сфере труда, повышается. Изменение условий и содержания труда работников, выполняющих свои обязанности рядом с робототехникой и иными системами искусственного интеллекта (а процент таких работников от общего числа трудящихся будет поступательно расти), требует соответствующего изменения правовой регламентации процессов.

Работодатели все чаще используют системы интеллектуального анализа данных, вводя алгоритмическое управление в организации. Данные, получаемые от высокотехнологичных средств контроля за работниками, автоматически накапливаются, обрабатываются, структурируются, дополняются информацией из внешних источников. На основе данных интеллектуальная

система составляет цифровой профиль каждого работника, позволяющий смоделировать его поведение в будущем и обезопасить работодателя от вероятных проблем.

Распространению алгоритмического управления на производстве способствуют не только экономические факторы, но и социальные вызовы, подобные пандемии COVID-19. Автоматизация процессов управления облегчила тем работодателям, которые уже использовали к весне 2020 года алгоритмический менеджмент, перевод работников на удаленную работу.

3. Правовое регулирование новых условий труда

В связи с тем, что условия труда работников в процессе цифровизации экономики и общества в целом меняются, необходимо урегулировать новые условия трудовым законодательством. Нормативная база отстает от технического прогресса, например, как уже упоминалось, правовые меры по регулированию работодателю контроля, осуществляемого с помощью современных технологических возможностей, пока отсутствуют. Можно согласиться с исследователями из университетов Огайо и Калифорнии Р. Бейлсом и К. Стоун, что электронный мониторинг, проводимый с помощью систем искусственного интеллекта, превращает рабочее место в безграничное, угрожает частной жизни работников, усугубляет дискриминацию в сфере занятости и уничтожает защиту со стороны трудового законодательства [Bales R., Stone K., 2019: 1].

Встраивание систем искусственного интеллекта и превращение рабочей среды в «цифровую» касается не только электронного мониторинга работников, но и иных аспектов организации наемного труда: оформления документов, режима рабочего времени, защиты жизни и здоровья работников.

Перед законодательными органами ряда государств, в том числе и России, уже поставлен вопрос о возможности оформления всех документов, связанных с трудовыми отношениями, в электронном формате. Это означает, что через несколько лет заключение, изменение и прекращение трудовых договоров, ознакомление с локальными нормативными актами будет возможно в электронном виде [Костян И.А., Куренной А.М., Хныкин Г.В., 2017: 10]. Актуальность поправок повышается в связи с массовым переводом работников на удаленную работу в условиях неблагоприятной эпидемиологической обстановки и возрастанием рисков эпидемий на будущее. В свою очередь, распространение дистанционной занятости «порождает на практике ряд проблем, одной из которых является обеспечение дисциплины труда» [Лескина Э.И., 2018: 125], поэтому работодатели заинтересованы в использовании технических возможностей мониторинга; следовательно, повышается

значение правовой регламентации средств и способов контроля работодателя за трудовой дисциплиной работника, трудящегося удаленно.

В связи с серьезным изменением условий наемного труда недостаточным будет формулирование отдельных норм права, потребуется трансформация целых правовых институтов: трудоустройства, рабочего времени и времени отдыха, охраны труда, надзора (контроля) за соблюдением трудового законодательства.

В институт трудоустройства необходимо включить нормы, ограничивающие возможности работодателя использовать системы искусственного интеллекта при процедурах, связанных с приемом на работу. Примером может служить принятый 9.08.2019 Закон штата Иллинойс, ограничивающий права работодателей на видеointервью с использованием искусственного интеллекта⁵. По данному Закону работодатель обязан предварительно объяснить, как работает система, какие характеристики она использует для оценки лица на соответствие требованиям работодателя, и получить согласие на подобную оценку. Является необходимым и введение правовых ограничений применения систем искусственного интеллекта, использующих технологии распознавания эмоций, психического здоровья и других внутренних состояний претендентов на работу и работников.

Внесение изменений в институты рабочего времени и времени отдыха требуется для защиты работников от перегрузок как следствия развития современных технологий, дающих возможность работодателю связаться с работником в любое время, обременив его рабочими проблемами. Риск перегрузок увеличивается с размещением производственной и профессиональной сервисной робототехники рядом с работниками. Роботам не требуется перерывов для отдыха, сна, не нужно больничных и отпусков. Увеличивается риск «размывания» фактического рабочего времени лица, контролирующего производственный процесс с применением робототехники, когда работнику необходимо будет отслеживать течение непрерывных автоматизированных производственных процессов.

Внесение изменений и дополнений в институт охраны труда будет касаться целого ряда аспектов. Потребуется введение стандартов безопасности труда при совместной работе людей и профессиональных сервисных и коллаборативных роботов. Появляются новые физические и психосоциальные риски для работников. Примером физических рисков может служить сбой в работе робота в результате уязвимостей в программном обеспечении, хакерской атаки. Примерами психосоциальных рисков являются необходимость для работника трудиться в темпе робота и стресс, испытываемый от контакта с роботами.

⁵ Illinois General Assembly. Public Act 101-0260. Available at: <http://www.ilga.gov/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=101-0260> (дата обращения: 25.04.2020)

Спорно выдвигаемое отдельными правоведами предложение повысить ответственность работодателя за наступление неблагоприятных последствий, даже если они произошли по вине работника, если работодатель использовал систему искусственного интеллекта для контроля за выполнением трудовых обязанностей. По мнению сторонников этого предложения, раз система искусственного интеллекта в состоянии рассчитать риски наступления вредных последствий с помощью предиктивной аналитики заранее, вина работника не должна влиять на ответственность работодателя [Aguilar Del Castillo M., 2020: 272].

4. Обеспечение неприкосновенности частной жизни работников в условиях цифровизации

Технологии меняют не только условия и содержание труда, но и повышают риск вторжения работодателей в частную жизнь работников. Институт защиты персональных данных работников нуждается во включении норм, ограничивающих возможности использования работодателем арсенала современных средств мониторинга. Нарушение неприкосновенности частной жизни работника происходит, например, когда средства мониторинга не разделяют рабочее и нерабочее время, накапливая данные для последующего интеллектуального анализа. Стремительное развитие сенсорных технологий, прогнозируемое инженерами в течение 2020–2025 годов, добавит возможностей работодателю и увеличит остроту проблемы.

Анализ подхода Европейского суда по правам человека к защите трудовых прав демонстрирует, что Европейская конвенция по правам человека (1950)⁶ является важным инструментом защиты права на уважение частной жизни сотрудника на работе и защиты персональных данных. В европейской судебной практике разработана система оценки действий работодателя по контролю за выполнением работником своей трудовой функции. Допустимым считается выбор работодателем эффективного и при этом наименее навязчивого варианта контроля. Российские суды, рассматривая подобные дела, исходят из права работодателя контролировать исполнение работниками трудовых обязанностей и не анализируют ситуацию в свете возможности принятия работодателем других мер для достижения этой цели [Сыченко Е.В., 2019: 75].

Вероятно, в ближайшие несколько лет перед российским законодателем встанет вопрос об урегулировании использования работодателем высокотехнологичных средств контроля за работниками. Потребность в этом

⁶ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 04.11.1950) // СЗ РФ. 2001. Ст. 163.

растет как вследствие меняющихся условий наемного труда, так и из-за увеличивающегося риска нарушения неприкосновенности частной жизни работников.

Необходимость совершенствования правового регулирования в этой области будет стоять не только перед российским законодателем. Исследователь из Левенского католического университета, профессор Ф. Хендрикс, анализируя изменения сферы наемного труда вследствие цифровой трансформации, считает, что правоведам нужно признать потребность в формулировании законом требований к защите информации, имеющей отношение к работнику, и вводит термин «Конфиденциальность 4.0» (Privacy 4.0) по аналогии с термином, используемым для обозначения технологического перехода к цифровой экономике — «Индустрия 4.0».

По его мнению, если «Конфиденциальность 1.0» рассматривать как предусмотренное международными нормами право каждого человека, в том числе являющегося работником, на неприкосновенность частной жизни, то «Конфиденциальность 2.0» будет заключаться в национальном закреплении защиты персональных данных на уровне закона. «Конфиденциальность 3.0» — уровень, достигнутый к настоящему моменту, который требует для реализации права на неприкосновенность частной жизни внимания к беспристрастности обработки данных и устранения увеличивающегося дисбаланса между субъектом и объектом сбора и анализа данных. Предстоящий в ближайшее время выход на новый уровень — «Конфиденциальность 4.0» связан с развитием искусственного интеллекта, робототехники, «интернетом вещей».

Можно согласиться с Ф. Хендриксом, что в трудовом законодательстве необходимо предусмотреть нормы, обеспечивающие неприкосновенность частной жизни работников в условиях цифровизации и увеличивающие степень «гуманизации рабочих мест» [Hendrickx F, 2019: 384], чтобы уравновесить влияние процессов цифровизации.

5. Предоставление новых социальных гарантий работникам

Законодательное ограничение развития технологий, влекущих перечисленные выше изменения, приведет к отставанию страны от государственных лидеров, поощряющих технологическое развитие. Как российские, так и зарубежные правовые акты, принятые органами законодательной и исполнительной власти, нацелены на создание условий, стимулирующих технологическое развитие, внедрение новых технологий в производство и подготовку работников к труду в «цифровой» рабочей среде, в условиях постоянного

контакта с системами искусственного интеллекта. В частности, это прямо вытекает из положений утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 «Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года»⁷, а также из программы «Цифровая экономика Российской Федерации»⁸, где применительно к кадровой политике предусмотрены: трансформация рынка труда, который должен опираться на требования цифровой экономики, и создание системы мотивации по освоению необходимых цифровых компетенций работниками.

В связи с этим существенные изменения потребуются внести в институты трудового права, которые объединяют нормы, регулирующие переподготовку и повышение квалификации работников, а также обеспечивающие им гарантии и компенсации. Поскольку часть работников потеряет рабочие места и будет вынуждена искать другую работу, а другой части придется постоянно учиться, приобретая новые навыки, смена которых ускорится, в нормах права вышеуказанных правовых институтов предстоит развивать положения об обязанностях работодателей обучать работников, заблаговременно информировать их о предстоящих изменениях и т.д.

Необходимо установление законодательных ограничений для работодателя по вопросам: 1) высвобождения работников вследствие замены их функционала искусственным интеллектом без направления на переобучение или без содействия в последующем трудоустройстве; 2) создания новых рабочих мест, требующих взаимодействия с коллаборативными или сервисными роботами без согласия трудового коллектива.

В связи с растущей проблемой вытеснения работников с рабочих мест и распространением прекаризации⁹ новыми правовыми нормами необходимо дополнить и институт социального партнерства. Трудовое право должно воспрепятствовать работодателю произвольно заменять работников системами искусственного интеллекта через установление требований о получении одобрения представительных органов работников.

По мнению профессора М. Де Во, сфера труда претерпевает сейчас настолько принципиальные изменения и требует настолько серьезной трансформации трудового права, что в долгосрочной перспективе может привести к расширению трудового права от «права занятости» до «права личности»

⁷ Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. Ст. 5700.

⁸ Паспорт программы утвержден решением президиума Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам 24.12.2018. Available at: URL: <http://government.ru/rugovclassifier/614/events/> (дата обращения: 25.04.2020)

⁹ Прекаризация труда (от лат. *precarium* — сомнительный, опасный, нестабильный) — это переход от длительных трудовых отношений к неустойчивым формам занятости, ведущий к потере трудящимся значительной части социально-трудовых прав.

[De Vos M., 2020: 60]. Новые социальные гарантии необходимы из-за происходящего вследствие цифровизации снижения уровня имеющихся «гарантий занятости во многих ее проявлениях..., ротации рабочих мест, нестабильности временной занятости, безработицы» [Martín Hernández M., 2020: 150], что приводит к увеличению числа лиц, теряющих работу и вынужденных искать ее, в том числе на интернет-платформах.

6. Расширение круга субъектов трудового права

Дифференциация регулирования трудовых отношений выступает в качестве закономерности развития трудового права [Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А., 2015: 68], поэтому еще одним следствием цифровизации становится расширение круга субъектов трудового права. На протяжении последнего десятилетия во всем мире растет число лиц, трудящихся в условиях нетипичной занятости, выполняющих работу, например, через интернет-платформы. Доля лиц, работающих в рамках такой формы занятости, по данным Международной организации труда составляет более половины общего количества трудящихся и продолжает увеличиваться¹⁰. Формально эти лица, например, водители «Яндекс» или «Юбер» не являются работниками, с ними не заключены трудовые договоры. Следовательно, на них не распространяются нормы трудового права, что позволяет использовать инструменты воздействия на таких работников, основанные на чисто математических моделях [Kennedy E., 2016: 998], через выстраивание рейтингов и автоматическое прекращение допуска лица к платформе при снижении рейтинга ниже допустимого. Тем самым из сферы трудового права выпадает значительное количество фактических работников, которые лишены социальных гарантий.

Распространение интернет-платформ при отсутствии законодательного закрепления социальных гарантий лиц, выполняющих работу на их основе, вызвало судебные споры, в которых истцы и их представители стремятся доказать наличие трудовых отношений. Это способствует формированию судебной практики и повышает остроту дискуссий о необходимости включения в сферу трудового права новых типов нестандартной занятости [Chesalina O., 2018: 17]; Davidov G., 2017: 7].

По мнению многих исследователей в области трудового права, работа на основе интернет-платформ заслуживает признания за исполнителями ряда социальных прав — как минимум права на улучшение условий труда и на

¹⁰ Нестандартные формы занятости. Анализ проблем и перспективы решения в разных странах. Обзорная версия. Женева, 2017. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_554952.pdf (дата обращения: 25.04.2020)

коллективную защиту [Prassl J., Risak M., 2015: 619], поэтому в ближайшие несколько лет труд на основе интернет-платформ будет урегулирован законодательством. Процесс включения норм о занятости на основе интернет-платформ в трудовое законодательство уже идет, хотя государства решают эту проблему по-разному. Например, если одни включают в законы о труде нормы, распространяющие действие и на наемных работников, и на зависимых самозанятых (Германия, Швеция), то другие формируют систему судебных прецедентов, позволяющую квалифицировать отношения как трудовые (США). Тем не менее, «во всех случаях фактически расширяется действие трудового права, хотя и с помощью различных средств» [Зайцева Л.В., 2019: 218].

По мнению автора настоящей статьи, в перспективе логично расширение круга субъектов трудового права и за счет лиц со сложными нейроимплантами. Одним из результатов «сенсорной революции» — стремительного развития сенсорных технологий, спрогнозированного инженерами в ближайшие пять лет, — является рост нейропротезирования, т.е. установки электронных имплантов, способных восстановить или повысить возможности организма человека [Clausen J. et al., 2017: 1338]. Используя такие нейроимпланты лица будут представлять собой систему «человек — искусственный интеллект», приобретая новые способности, например, способность касаться предметов, имеющих очень низкую или высокую температуру, способность «видеть» в инфракрасном излучении, возможность напрямую подключаться к робототехнике и электронному оборудованию.

Особый статус работникам, имеющим сложные нейроимпланты, будет необходим как минимум по двум причинам. Во-первых, в целях предотвращения дискриминации, которую трудно определить при использовании технологий, позволяющих как восстанавливать нарушенные функции организма человека, так и предоставлять новые возможности, обеспечивая дополнительное преимущество [Koops E. et al, 2013: 22]. Во-вторых, наличие у работника сложного нейроимпланта, по сути превращающего работника в киберфизическую систему, создает ряд проблем для совместно трудящихся с ним работников. Речь идет о проблемах безопасности из-за угрозы «взлома» системы искусственного интеллекта нейроимпланта в результате хакерской атаки и о защите конфиденциальной информации, которая автоматически фиксируется различными датчиками нейроимпланта.

Заключение

Трудовое право реагирует на изменения, связанные с процессами цифровизации, вызывающими появление новых профессий, новых типов коммуникаций, обновление стандартов безопасности труда и вытеснение людей с рабочих мест системами искусственного интеллекта.

Как область социально-направленного регулирования трудовое право может «сопротивляться» происходящим изменениям, создающим новые возможности работодателям, но угрожающим благополучию работников. Тем не менее право будет вынуждено подвергнуться корректировке, чтобы сохранить эффективность правового регулирования. Реагируя на изменения и в то же время стараясь сдерживать их быстроту, чтобы дать работникам время приспособиться к новым условиям, трудовое законодательство должно обеспечить регулирование труда, снижая риски высоких темпов интеллектуальной автоматизации производственной среды и не допуская депривации значительной части общества.

Таким образом, изменения коснутся в первую очередь институтов рабочего времени, времени отдыха, охраны труда, защиты персональных данных работников, гарантий и компенсаций работникам. В трудовом законодательстве появятся нормы, регламентирующие использование работодателями высокотехнологичных средств контроля за выполнением трудовых обязанностей работниками и ограничивающие применение систем интеллектуального анализа данных, а также нормы, обязывающие работодателей осуществлять переобучение работников при их замене системами искусственного интеллекта и расширяющие круг субъектов трудового права (законодательство ЕС уже движется в этом направлении).

Меняясь вследствие цифровизации, само право со временем может приобрести машиночитаемую форму. Создание машиночитаемого права — описание нормативных правовых актов в формате, который может быть легко обработан компьютерными программами, позволит вносить поправки в законодательство путем автоматического обновления алгоритмов. Исследователи из Стэнфордского университета¹¹ отмечают высокий потенциал автоматизации трудового законодательства, особенно в области стандартов безопасности труда.



Библиография

Зайцева Л.В. Экономически зависимые самозанятые: различия национальных подходов к определению правового статуса // Вестник Томского государственного университета. 2019. N 446. С. 212–222.

Костян И.А., Куренной А.М., Хныкин Г.В. Трудовое право и цифровая экономика: оспариваются ли они? // Трудовое право в России и за рубежом. 2017. N 4. С. 10–12.

Лескина Э.И. Об обеспечении дисциплины труда дистанционного работника средствами контроля работодателя // Российский юридический журнал. 2018. N 4. С. 125–131.

¹¹ Genesereth M. Computational Law: The Cop in the Backseat. CodeX: The Center for Legal Informatics Stanford University. Available at: <http://logic.stanford.edu/publications/genesereth/complaw.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

Лушников А.М. Трудовое право и экономика: проблемы взаимодействия // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия «Гуманитарные науки». 2020. N 1. С. 54–61.

Лютлов Н.Л. Адаптация трудового права к развитию цифровых технологий: вызовы и перспективы // Актуальные проблемы российского права. 2019. N 6. С. 98–107.

Морозов П.Е. Выход из научного застоя: о необходимости использования технологии Data Mining в науке трудового права. М.: Проспект, 2019. 188 с.

Нуртдинова А. Ф., Чиканова Л. А. Дифференциация регулирования трудовых отношений как закономерность развития трудового права // Журнал российского права. 2015. N 6. С. 68–82.

Сыченко Е.В. Вклад Европейского суда по правам человека в понимание прав человека в сфере труда // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 5. С. 54–79.

Aguilar Del Castillo M. El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2020, no 1, pp. 262–293.

Acemoglu D., Restrepo P. The wrong kind of AI? Artificial intelligence and the future of labor demand. Available at: <https://www.nber.org/papers/w25682.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

Bales R., Stone K. The Invisible Web of Work: The Intertwining of A-I, Electronic Surveillance and Labor Law. UCLA School of Law. Public Law Research Paper no 19–18. Los Angeles: UCLA, 2019. 54 p.

Brynjolfsson E., Mitchell T., Rock D. What can machines learn and what does it mean for occupations and the economy? American Economic Association Papers and Proceedings, 2018, vol. 108, pp. 43–47.

Chesalina O. Access to social security for digital platform workers in Germany and in Russia: a comparative study. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal, 2018, no 1–2, p. 17–28.

Clausen J. et al. Help, hope, and hype: Ethical dimensions of neuroprosthetics. Science, 2017, no 6345, pp. 1338–1339.

Davidov G. The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach. Spanish Labour Law and Employment Relations Journal, 2017, no 6, pp. 6–15.

De Stefano V. “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence and labour protection. Working Paper no 246. Geneva: ILO, 2018. 38 p.

De Stefano V. Euro-surveillance and the right to be human at work. Onlabor: workers, unions, politics. Available at: <https://onlabor.org/neuro-surveillance-and-the-right-to-be-humans-at-work/> (дата обращения: 25.04.2020)

De Vos M. How the future of work can work for the workers / Law, labour and the humanities. Contemporary European perspectives. London: Routledge, 2020, pp. 46–61.

Estlund C. What Should We Do after Work? Automation and Employment Law. Yale Law Journal, 2018, no 2, pp. 254–326.

Hendrickx F. From digits to robots: the privacy-autonomy nexus in new labor law machinery. Comparative Labor Law and Policy Journal, 2019, no 3, pp. 365–387.

Hernández M. El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa. Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2020, no 1, pp. 122–151.

Kennedy E. Employed by an algorithm: labor rights in the on-demand economy. Seattle UL Review, 2016, vol. 40, pp. 987–1048.

Koops E. et al. Robotic technologies and fundamental rights: Robotics challenging the European constitutional framework. *International Journal of Technoethics*, 2013, no 2, pp. 15–35.

Korinek A. Labor in the age of automation and artificial intelligence. Available at: <https://econfiip.org/wp-content/uploads/2019/02/6.Labor-in-the-Age-of-Automation-and-Artificial-Intelligence.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

Lee K. *AI Superpowers: China, Silicon Valley, and the New World Order*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2018. 272 p.

Moore P., Upchurch M., Whittaker X. *Humans and machines at work. Dynamics of Virtual Work*. London: Palgrave Macmillan, 2018. 260 p.

Peters M. Beyond technological unemployment: the future of work. *Educational Philosophy and Theory*, 2020, no 5, pp. 485–491.

Prassl J., Risak M. Uber, Taskrabbit, & Co: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2015, vol. 37, pp. 619–630.

Rodríguez-Piñero Royo M. Las facultades de control de datos biométricos del trabajador. *Temas laborales*, 2019, vol. 150, pp. 91–109.

Seghezzi F., Tiraboschi M. Italy's Industry 4.0 Plan: An Analysis from a Labour Law Perspective. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2018, no 1, pp. 1–39.

Villani C. *Donner un sens à l'intelligence artificielle*. Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2018. 233 p.

Webb M. The impact of artificial intelligence on the labor market. 2020. Available at: https://web.stanford.edu/~mww/webb_jmp.pdf (дата обращения: 25.04.2020)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Labour Law: Challenges of Digital Society



Irina Filipova

Assistant Professor, Department of Labour Law and Environmental Law, Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod, Candidate of Juridical Sciences. Address: 23 Prospekt Gagarina, Nizhny Novgorod 603950, Russian Federation. E-mail: irinafilipova@yandex.ru



Abstract

The transition from an industrial economy to a digital economy affects seriously labour relations. Digital technologies increase the level of automation of production and services. The use of software and robotics by entrepreneurs entails changes in the organization of wage labour. The subject of this study is the legal regulation of wage labour in the context of employers using new digital technologies to improve production efficiency and monitor the performance of employees' duties. Labour law arose and was formed during the period of industrial society, many of its norms and institutions are not designed for changes that occur in modern society as a result of digitalization. This reduces the possibilities of labour law as a regulator of the system of labour relations in

the contemporary conditions. The purpose of this study is to analyse the changes taking place in society that have the greatest impact on the world of work, as well as highlighting the main blocks of the legal regulation of wage labour, which will be amended soon. The positions of Russian and foreign experts in labour economics and labour law were taken into account when analysing and formulating conclusions. The main research methods are analysis and synthesis, abstraction and generalization, formal legal and comparative legal methods, as well as the method of legal modelling. Conclusions about the inevitable response of labour law to changes associated with digitalization processes were made based on the results of this study. The changes will affect such labour law institutions as working time, rest time, labour protection, protection of employees' data, guarantees and compensation for employees, social partnership. The labour legislation should introduce rules obliging employers to send employees to retrain if they are replaced by artificial intelligence systems. The new standards should limit the use of controls over workers' performance of duties and the use of artificial intelligence systems for data mining. The changes will also affect the circle of subjects of labour law.



Keywords

labour regulation, labour relations, labour function, employee, employer, control, automation, artificial intelligence, robotics.

Acknowledgments: The work is supported by the Russian Foundation for Basic Research, project 19-011-003-20.

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: Filipova I.A. (2020) Labour Law: Challenges of Digital Society. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 162–182 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.162.182



References

Aguilar Del Castillo M. (2020) El uso de la inteligencia artificial en la prevención de riesgos laborales. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, no 1, pp. 262–293.

Acemoglu D., Restrepo P. (2019) The wrong kind of AI? Artificial intelligence and the future of labor demand. Available at: <https://www.nber.org/papers/w25682.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)

Bales R., Stone K. (2019) The Invisible Web of Work: The Intertwining of A-I, Electronic Surveillance, and Labor Law. UCLA School of Law. Public Law Research Paper, no 19–18. Los Angeles: UCLA, 54 p.

Brynjolfsson E., Mitchell T., Rock D. (2018) What can machines learn and what does it mean for occupations and the economy? AEA Papers and Proceedings, vol. 108, pp. 43–47.

Chesalina O. (2018) Access to social security for digital platform workers in Germany and in Russia: a comparative study. Spanish *Labour Law and Employment Relations Journal*, no 1–2, pp. 17–28.

Clausen J. et al. (2017) Help, hope, and hype: Ethical dimensions of neuroprosthetics. *Science*, no 6345, pp. 1338–1339.

- Davidov G. (2017) The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, no 6, pp. 6–15.
- De Stefano V. (2018) “Negotiating the algorithm”: automation, artificial intelligence and labour protection. Working Paper no 246. Geneva: International Labour Organization. 38 p.
- De Stefano V. (2020) Neuro-surveillance and the right to be human at work. Onlabor: workers, unions, politics. Available at: <https://onlabor.org/neuro-surveillance-and-the-right-to-be-humans-at-work/> (дата обращения: 25.04.2020)
- De Vos M. (2020) How the future of work can work for the workers. *Law, labour and the humanities. Contemporary European perspectives*. Ed. by T.Toracca. London: Routledge, pp. 46–61.
- Estlund C. (2018) What Should We Do after Work? Automation and Employment Law. *Yale Law Journal*, vol. 128, no 2, pp. 254–326.
- Hendrickx F. (2019) From digits to robots: the privacy-autonomy nexus in new labor law machinery. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, no 3, pp. 365–387.
- Hernández M. (2020) El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, no 1, pp. 122–151.
- Kennedy E. (2016) Employed by an algorithm: labor rights in the on-demand economy. *Seattle UL Review*, vol. 40, pp. 987–1048.
- Koops E. et al (2013) Robotic technologies and fundamental rights: Robotics challenging the European constitutional framework. *International Journal of Technoethics*, no 2, pp. 15–35.
- Korinek A. (2019) Labor in the age of automation and artificial intelligence. Economists for inclusive prosperity, 9 p. Available at: <https://econfp.org/wp-content/uploads/2019/02/6.Labor-in-the-Age-of-Automation-and-Artificial-Intelligence.pdf> (дата обращения: 25.04.2020)
- Kostyan I.A., Kurennoj A.M., Hnykin G.V. (2017) Labor law and digital economy. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, vol. 4, pp. 10–12 (in Russian)
- Lee K. (2018) *AI Superpowers: China, Silicon Valley, and the New World Order*. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 272 p.
- Leskina E.I. (2018) Ensuring labour discipline of a distance worker by the employer’s control means. *Rossiiskiy juridicheskiy zhurnal*, vol. 4, pp. 125–131 (in Russian)
- Lushnikov A.M. (2020) Labor law and economics: aspects of interaction. *Vestnik Jaroslavskogo gosudarstvennogo universiteta*, vol. 1, pp. 54–61 (in Russian)
- Lytov N.L. (2019) Labour law adaptation to digital technologies: challenges and perspectives. *Aktual’nye problemy rossiiskogo prava*, no 6, pp. 98–107 (in Russian)
- Moore P., Upchurch M., Whittaker X. (2018) *Humans and machines at work. Dynamics of Virtual Work*. London: Palgrave Macmillan, 260 p.
- Morozov P.E. (2019) *The way out of research stagnation: the need to use Data Mining technology in the science of labour law*. Moscow: Prospekt, 188 p. (in Russian)
- Nurtdinova A.F., Chikanova L.A. (2015) Differentiation of regulating labor relations as imperative of labor law progress. *Zhurnal rossiiskogo prava*, vol. 6, pp. 68–82 (in Russian)
- Peters M. (2020) Beyond technological unemployment: the future of work. *Educational Philosophy and Theory*, no 5, pp. 485–491.
- Prassl J., Risak M. (2015) Uber, Taskrabbit & Co: platforms as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, pp. 619–630.

Rodríguez-Piñero Royo M. (2019) Las facultades de control de datos biométricos del trabajador. *Temas laborales*, vol. 150, pp. 91–109.

Seghezzi F., Tiraboschi M. (2018) Italy's Industry 4.0 Plan: An Analysis from a Labour Law Perspective. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, no 1, pp. 1–39.

Sychenko E.V. (2019) Contribution of the European Court of Human Rights to interpretation of human rights in the sphere of labor. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 5, pp. 54–79 (in Russian)

Webb M. (2020) The impact of artificial intelligence on the labor market. Available at: https://web.stanford.edu/~mww/webb_jmp.pdf (дата обращения: 25.04.2020)

Zaitseva L.V. (2019) The economically dependent self-employed: differences in national approaches to the determination of their legal status. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 446, pp. 212–222 (in Russian)

Легализация «вольерной охоты» — очередной проблемный результат отечественного правотворчества



Д.Б. Горохов

ведущий научный сотрудник отдела экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: julia7709@yandex.ru



С.В. Иванова

доцент, кафедра земельного и трудового права Оренбургского государственного аграрного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 460014, Российская Федерация, Оренбург, ул. Челюскинцев, 18. E-mail: servis-05@list.ru



Аннотация

В статье содержатся результаты комплексного исследования Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и в Федеральный закон «О животном мире». Этим Законом допускается охота на диких животных, содержащихся в полувольных условиях и в искусственно созданной среде обитания — так называемая «вольерная охота». Исследование проведено с применением формально-юридического и системного методов, а также методов моделирования и сравнительного правоведения. Его цель — выяснить корреляцию законодательных новелл с отечественным «охотничьим» и природоохранным законодательством и возможные последствия их применения в России. Доказывается, что целью Закона является легализация неправомерной в настоящее время «вольерной охоты», чтобы обеспечить ее продолжение уже на законных основаниях и вывести ее из-под действия запретов, ограничений и требований, установленных в Законе об охоте и Правилах охоты. Установлено, что нормы Закона о «вольерной охоте» не соответствуют юридическому понятию охоты и концептуальным положениям российского природоресурсного и природоохранного законодательства. Утверждается, что зарубежный опыт «вольерной охоты», на который ссылаются инициаторы и авторы Закона, неприменим в российской правовой системе, построенной на иных принципах. Подчеркивается, что рассмотренные законодательные новации не соответствуют конструкции права государственной собственности на животный мир, нарушают принципиальные правовые требования: отделения права пользования животным миром от права пользования землей и другими природными ресурсами, пользования животным миром способами, не допускающими жестокого обращения с животными в соответствии с общими принципами гуманности. Приведен прогноз негативных последствий принятия Закона; предлагается отмена его положений (их признание утратившими силу), так как их коррекция невозможна ввиду концептуальной несостоятельности.



Ключевые слова

правотворчество, законодательная инициатива, охотничье хозяйство, «вольерная охота», жестокое обращение с животными, среда обитания животного мира, охотничьи ресурсы.

Для цитирования: Горохов Д.Б., Иванова С.В. Легализация «вольерной охоты» — очередной проблемный результат отечественного правотворчества // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 183–210.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.183.210

Введение

В статье сформулирована научная позиция в отношении проблемной инициативы, направленной на изменение правового режима объектов животного мира, юридически являющихся охотничьим ресурсом (далее — Закон о «вольерной охоте»)¹. Речь идет об одном из последних изменений Федерального закона от 24.07.2009 № 209-ФЗ «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»² (далее — Закон об охоте). Эти изменения повлекли также незначительную корреспондирующую коррекцию Федерального закона от 24.04.1995 № 52-ФЗ «О животном мире»³ (далее — Закон о животном мире).

Ранее нами проводилось исследование по наметившемуся изменению правового режима животных и растений и отражению этой тенденции в федеральных законах. Предметом исследования был результат отечественного правотворчества, влекущий трансформацию юридических категорий «животные» и «растения» из объектов правоотношений в субъекты таковых. Методология и выводы исследования были изложены в ранее опубликованной статье⁴. Тематически настоящая статья — продолжение предыдущей,

¹ См. Федеральный закон от 18.02.2020 № 26-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральный закон «О животном мире» // Рос. газ. 2020. 21 февраля.

² СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3735.

³ СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1462.

⁴ В ранее опубликованной статье («Проблемный результат отечественного правотворчества: законодательное установление охраны «жизни или здоровья животных и растений» («Право. Журнал Высшей школы экономики». 2019. № 2. С. 45–78) обосновывалась необходимость приведения в соответствие терминологии и содержания отдельных критикуемых норм с положениями Конституции России и нормами федеральных законов в сферах охраны здоровья граждан, охраны окружающей среды и природопользования, защиты имущественных прав физических и юридических лиц. В связи с этим были даны соответствующие рекомендации.

поскольку в совокупности с ней выявляет кардинально отличающиеся (до полной противоположности) подходы законодателей к правовому регулированию общественных отношений, объектом которых являются животные, а также среда их обитания⁵.

С одной стороны, уже имеются нормы федеральных законов, в которых требования охраны «жизни или здоровья животных и растений» содержатся в одном перечне и наравне с людьми, причем этим требованиям сопутствуют меры юридической, прежде всего административной ответственности. С другой, успешно реализуется активная и настойчивая попытка группы законодателей в противоречии с имеющимся правовым режимом установить право охоты на диких по своей природе животных, содержащихся и разводимых на огороженной территории (далее — «вольерная охота»). По сути законодатели, действуя в одном парламенте, вносят противоположные по цели и смыслу спорные инициативы и оформляют их в качестве федеральных законов. Результат — действующие и проектируемые законы с противоречащими нормами, направленными на регулирование одних и тех же или схожих общественных отношений, в которых объектами являются животные, а субъектами — физические и юридические лица, осуществляющие различную деятельность по их содержанию, использованию и охране.

Проект федерального закона № 689852-7 по изменению Закона об охоте в части добычи охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания (далее — проект закона, законопроект о «вольерной охоте») был внесен группой депутатов Государственной Думы⁶. Согласно пояснительной записке, проект закона направлен на развитие правового регулирования отношений, связанных с содержанием, разведением и использованием охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания.

Однако анализ показывает, что истинной целью законопроекта являлась легализация незаконной «вольерной охоты», чтобы обеспечить продолжение этой деятельности уже на законных основаниях. Таким образом законодатели удовлетворили неправомерные запросы отдельных лиц на гарантированную добычу дикого по природе животного с наименьшими временными

⁵ Этим обстоятельством обосновывается специально допущенное нами сходство между наименованиями двух статей (предыдущей и настоящей) и необходимость продолжения начатой темы о современных проблемах отечественного правотворчества, развития профессиональной и обоснованной дискуссии о его целях и результатах.

⁶ См. паспорт проекта федерального закона № 689852-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части добычи охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/689852-7> (дата обращения: 20.03.2020)

и физическими затратами для охотника и исключение этого вида деятельности в сфере охотничьего хозяйства из-под действия запретов, ограничений и требований, установленных в Законе об охоте и Правилах охоты⁷.

В процессе согласования законопроект трижды незначительно изменялся, включая его наименование. Однако его концептуальная основа — истинная цель и предмет правового регулирования — оставались неизменными. Несмотря на это, а также на негативный общественный резонанс, законопроект успешно двигался к финишу — принятию в качестве будущего федерального закона: регистрация его внесения в Государственную Думу зафиксирована 16.04.2019, рассмотрение и принятие в первом чтении состоялось 11.12.2019, во втором — 06.02.2020, а в третьем — 11.02.2020. На следующий день проект был одобрен Советом Федерации, а 18.02.2020 подписан Президентом Российской Федерации. Возможно, в данном случае имеет значение списочный состав из 31 депутата Государственной Думы, которые инициировали внесение этого законопроекта и его прохождение в парламенте. Нельзя не отметить и тот факт, что в процессе прохождения проектом закона этапов его согласования до рассмотрения в первом чтении два депутата отказались от авторства и вышли из состава его инициаторов. Показательны и результаты протестного голосования депутатов. Если в первом чтении против законопроекта проголосовали 57 депутатов, то во втором чтении — уже 73, а в третьем — 100 депутатов.

Позиция авторов статьи основывается на комплексном исследовании, проведенном с целью получения научного вывода, позволяющего оценивать один из результатов законопроектной деятельности в области правового регулирования охоты и сохранения охотничьих ресурсов. В рамках работы дан анализ действующего отечественного правового регулирования, законопроекта, нового Закона, зарубежного законодательства и российского исторического правового опыта, а также фактических обстоятельств и общественного мнения⁸. Руководствуясь концепцией и рекомендациями по осуществлению юридического прогнозирования [Тихомиров Ю.А., 2018: 113–117], авторы предлагают научный прогноз внедрения результата состоявшейся новации в правовую и экологическую систему.

Независимо от судьбы законодательных новелл — как будут они применяться, и как долго продлится этот процесс, будут ли они изменяться или их действие будет отменено (признано утратившим силу) — поднятые в на-

⁷ Правила охоты утверждены приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 16.11.2010 № 512 // Рос. газ. 2011. 24 февраля.

⁸ В статье использованы тексты нормативных правовых актов по состоянию на март 2020 г, а также вариантов проекта федерального закона № 689852-7 по состоянию на февраль 2020 г.

стоящей статье проблемы сохраняют актуальность, а их дальнейшее обсуждение — научную значимость.

1. Закон о «вольерной охоте» и действующее правовое регулирование

1.1. Запрет жестокого обращения с животными, противоречащего принципам гуманности

Закон о «вольерной охоте» дает право охотиться на охотничьи ресурсы (диких животных — объекты животного мира) с целью их добычи, которые содержатся и разводятся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания⁹. Эта законодательная инициатива задолго до даты внесения законопроекта в Государственную Думу вызвала негативную общественную реакцию. В Москве 09.02.2019 активисты Альянса защиты животных организовали живую линию из желающих подать прошение не допустить легализации «вольерной охоты» на имя Президента Российской Федерации у приемной Администрации Президента. Ими было подано 162 обращения к Президенту. В феврале 2019 г. одиночные и массовые пикеты, а также просьбы населения были организованы в Екатеринбурге, Ижевске, Рязани¹⁰. Петиция против легализации «вольерной охоты» к тому моменту собрала более 180 тыс. голосов, к моменту подготовки настоящей статьи — 335 533 голоса, а другая, аналогичная петиция — более 200 тыс.¹¹ В мае 2019 г. Альянс защитников животных провел серию одиночных пикетов против законопроекта о «вольерной охоте» у Государственной Думы, причем в первый день акции — 21 мая два депутата, ранее поддержавших законопроект, направили Председателю Государственной Думы заявление, в котором просили исключить их из числа авторов законопроекта¹².

Примечательно, что критические публикации против легализации «вольерной охоты» появлялись и продолжают появляться на самых различных

⁹ Добыча охотничьих ресурсов — отлов или отстрел охотничьих ресурсов (п. 4 ст. 1 Закона об охоте).

¹⁰ См. сайт Альянса защитников животных. Available at: URL: <http://www.allianceforanimals.ru> (дата обращения: 20.03.2020)

¹¹ Available at: URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/change.org> (дата обращения: 20.03.2020)

¹² Таким образом, после отказа двух депутатов число авторов сократилось до 29. См.: паспорт законопроекта № 689852-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части добычи охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания). Available at: URL: <http://www.sozd.duma.gov.ru> (дата обращения: 20.03.2020)

информационных площадках, в том числе и на профильных «охотничьих». Так, после принятия законопроекта в первом чтении портал Охотники.ру цитировал депутата С. Миронова, который заявил, что фракция «Справедливая Россия» голосовала против законопроекта и призвал парламентариев отказаться от его дальнейшего рассмотрения, поскольку он «противоречит всем нормам о защите животных, которые с таким трудом утверждались в последние годы»¹³. Против закона ввиду его антигуманности высказалась глава экологического комитета Московской областной думы А. Полякова¹⁴. Заместитель Председателя Государственной Думы О. Епифанова назвала главным мотивом продвижения законопроекта алчность, интересы «жестокого и аморального» бизнеса. По ее словам, ссылки разработчиков законопроекта на зарубежный опыт некорректны: «Ссылаясь на мировую практику, авторы откровенно лгут. Действительно, во многих странах в вольерах-питомниках выращивают зверей, хотя намного больше птиц. Но их выращивают и выпускают в охотничьи угодья, а не охотятся прямо в вольерах»¹⁵.

До даты принятия критикуемого Закона охота с целью добычи диких животных на ограниченной и огороженной территории, вне среды их обитания, в отсутствие естественной свободы и возможности миграции являлась неправомерной, нарушающей нормы общественной нравственности. Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК) распространяет на животных правовой режим имущества, однако при осуществлении прав не допускается жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности (ст. 137). В Законе об охоте (п. 5 ст. 2) среди принципов правового регулирования с момента его принятия установлено требование по использованию охотничьих ресурсов с применением орудий охоты и способов охоты¹⁶, соответствующих требованиям гуманности и предотвращения жестокого обращения с животными.

Рассмотрение совокупности норм действующих федеральных законов в их единстве и взаимосвязи позволяет констатировать: по способу охоты введенные Законом о «вольерной охоте» «особенности осуществления лю-

¹³ Available at: URL: <http://www.ohotniki.ru> (дата обращения: 20.03.2020)

¹⁴ Там же.

¹⁵ Госдума приняла в 1 чтении законопроект об уточнении условий вольерной охоты. Available at: URL: <http://tass.ru/obschestvo/7323581> (дата обращения: 20.03.2020)

¹⁶ Орудия охоты — огнестрельное, пневматическое и холодное оружие, отнесенное к охотничьему оружию в соответствии с Федеральным законом от 13.12.1996 № 150-ФЗ «Об оружии», а также боеприпасы, капканы и другие устройства, приборы, оборудование, используемые при осуществлении охоты; способы охоты — методы и приемы, применяемые при осуществлении охоты, в том числе с использованием охотничьих сооружений, собак охотничьих пород, ловчих птиц (п. 6, 7 ст. 1 Закона об охоте).

бительской и спортивной охоты в отношении охотничьих ресурсов, находящихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания» противоречат принципам гуманности и имеют признаки жестокого обращения с животными, т.е. противоречат указанным нормам ГК и Закона об охоте.

Усматривается противоречие и с положениями Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК). УК в главе 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» содержит статью 245 «Жестокое обращение с животными». Предусмотренный данной статьей состав преступления включает деяние, совершенное в целях причинения животному боли и (или) страданий, а равно из хулиганских или корыстных побуждений, повлекшее гибель или увечье животного. Среди признаков квалифицированного состава преступления указано, в частности, деяние, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; в отношении нескольких животных. Заметим, что объектом преступного посягательства (объектом преступления) в данном случае является общественная нравственность, а само посягательство выражается в проявлении по отношению к животному жестокого обращения и нарушению принципов гуманности. Для состава преступления не имеют значения обстоятельства, в какой сфере общественных отношений совершаются деяния (при дрессировке животного в цирке или при осуществлении охоты), и к какому виду с точки зрения юридической классификации относится животное в качестве предмета преступления — является оно домашним или диким, т.е. охотничьим ресурсом. Если во время незаконной охоты совершаются указанные действия, то они квалифицируются по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 245 и 258 УК РФ, то есть и как жестокое обращение с животными, и как незаконная охота [Лебедев В.М., 2005: 618–619].

1.2. Несоответствие норм Закона о «вольерной охоте» юридическому понятию «охота»

Согласно Закону об охоте (ст. 1), «охотой» признается деятельность, связанная с поиском, выслеживанием, преследованием охотничьих ресурсов, их добычей, первичной переработкой и транспортировкой. Обращаем внимание, что в содержание понятия «охота» входят шесть признаков. Несмотря на усилия охотника, его действия по обнаружению дикого животного могут не завершиться его добычей, соответственно не будет и дальнейших действий с продукцией охоты¹⁷. У охотничьего ресурса имеется возмож-

¹⁷ Продукция охоты — отловленные или отстреленные дикие животные, их мясо, пушнина и иная продукция, определяемая в соответствии с Общероссийским классификатором

ность свободного перемещения, а охотник, который осуществляет его поиск и выслеживание, несет временные и физические затраты, например, может закончиться срок охоты, отсутствовать разрешение и путевка на проведение охоты на другой территории, куда мигрировало дикое животное. Выслеживая и преследуя дикое животное, охотник может физически устать и прекратить охоту, не достигнув цели. В этом и состоит смысл правомерной охоты, соответствующей принципам гуманности.

«Охотничьи ресурсы» — объекты животного мира, которые в соответствии с Законом об охоте и (или) законами субъектов федерации используются или могут быть использованы в целях охоты. В свою очередь, согласно статье 1 Закона о животном мире, «животный мир» представляет собой совокупность живых организмов всех видов диких животных, постоянно или временно населяющих территорию страны и находящихся в состоянии естественной свободы, а также относящихся к природным ресурсам континентального шельфа и исключительной экономической зоны России.

Таким образом, законодательно установленные «особенности осуществления любительской и спортивной охоты в отношении охотничьих ресурсов, находящихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания», противоречат понятию «охоты». При этом не имеет юридического значения размер объекта охотничьей инфраструктуры (площадь и границы вольера), в котором содержатся охотничьи ресурсы. Главным обстоятельством является то, что дикое животное находится в неволе, не в состоянии естественной свободы, на ограниченной территории и лишено возможности естественной миграции. Отмеченное противоречие означает несоответствие Закона о «вольерной охоте» концептуальным основам, на которых базируется правовое регулирование в области охраны окружающей среды, охраны и использования животного мира, охоты и сохранения охотничьих ресурсов [Минина Е.Л., 2016: 161–175].

В доктрине обоснована позиция, что концептуальное развитие законодательства для реализации экологической политики предполагает не только и не столько перманентное совершенствование нормативно-правовой базы, сколько остановку конвейера безудержного законотворчества, рассчитанного на демонстрацию активности, имитацию правотворческой деятельности, а не на глубинное и профессиональное высококвалифицированное решение проблем [Боголюбов С.А., 2015: 267–272].

Концепция Закона о «вольерной охоте» противоречит принципиальным положениям Закона об охоте (ст. 2) и других федеральных законов. При его разработке не учитывалось понятие «среда обитания животного мира», содержащееся в качестве основного понятия в ст. 1 Закона о животном мире.

продукции (п. 9 ст. 1 Закона об охоте).

Это понятие определяется как «природная среда, в которой объекты животного мира обитают в состоянии естественной свободы» [Боголюбов С.А., 2002: 7–18].

Понятие «среда обитания животного мира», применяемое в Законе о животном мире, основывается на терминологии ст. 1 Федерального закона от 10.01.2002 № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹⁸ (далее — Закон об охране окружающей среды): «природная среда», «компоненты природной среды», «природный объект», «естественная экологическая система», «природные ресурсы», «использование природных ресурсов» [Хлуденева Н.И., 2018: 3–27]. Понятия, присутствующие в законах об охране окружающей среды и о животном мире, согласуются между собой по содержанию. В Законе об охоте в развитие терминологии двух названных законов и в соответствии с ней применяется понятие «среда обитания», хотя и без его дополнительного самостоятельного определения. Это понятие тесно связано с определенными в ст. 1 понятиями «охота», «охотничьи ресурсы», «охотничьи угодья» и «охотничье хозяйство»¹⁹.

Термин «среда обитания» применяется в ст. 17 «Охота в целях акклиматизации, переселения и гибридизации охотничьих ресурсов», ст. 18 «Охота в целях содержания и разведения охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания». Он используется в главе 10 «Сохранение охотничьих ресурсов и среды их обитания» (ст. 43–52), прежде всего в статьях, устанавливающих требования к содержанию и разведению охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания (ст. 49), а также к акклиматизации, переселению и гибридизации охотничьих ресурсов (ст. 50).

Толкование в единстве и взаимосвязи имеющейся совокупности понятий и норм статей законов об охране окружающей среды, о животном мире и об охоте позволяет сделать вывод, что правомерная добыча способом отлова объекта животного мира (охотничьего ресурса), т.е. изъятие его из природной среды обитания, а равно лишение возможности его обитать в состоянии естественной свободы, в любом случае является содержанием его в неволе. Виды или способы правомерного содержания объекта животного мира (охотничьего ресурса) в неволе могут различаться. По Закону об охоте важное значение имеет цель содержания в неволе, которая определяется видом охоты (ст. 12–19) и способом охраны охотничьих ресурсов и среды их обита-

¹⁸ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

¹⁹ Охотничьи угодья — территории, в границах которых допускается осуществление видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства; охотничье хозяйство — сфера деятельности по сохранению и использованию охотничьих ресурсов и среды их обитания, по созданию охотничьей инфраструктуры, оказанию услуг в данной сфере, а также по закупке, производству и продаже продукции охоты (п. 15, 2 ст. 1 Закона об охоте).

ния (ст. 43–52). Например, правомерным содержанием в неволе охотничьего ресурса является не только помещение его в полувольные условия и искусственно созданную среду обитания, но и временное размещение в клетке в целях дальнейшей акклиматизации, переселения, гибридизации. Таковыми являются отлов и содержание в неволе охотничьего ресурса в целях научно-исследовательской и образовательной деятельности (ст. 15), воспроизводства (ст. 46), защиты от болезней (ст. 43). В то же время нормы перечисленных законов не допускают охоты на объекты животного мира — охотничьи ресурсы, изъятые из среды обитания и находящиеся в неволе, в том числе в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания.

Рассмотрим терминологический аппарат, положения и нормы Закона об охоте. Охота в целях акклиматизации, переселения и гибридизации охотничьих ресурсов и охота в целях содержания и разведения охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания (ст. 12, 17, 18, 49, 50) осуществляется исключительно способом отлова. Добытые способом отлова в перечисленных целях охотничьи ресурсы должны быть возвращены в их среду обитания или размещены в новой для них среде обитания. Само содержание и разведение охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания осуществляется исключительно в целях воспроизводства, дальнейшего размещения их в среде обитания или в целях их реализации в соответствии с гражданским законодательством, например, в другое охотничье хозяйство или в зоопарк (ч. 1 ст. 49).

Таков действующий правовой режим, распространяющийся на объекты животного мира, представляющие собой охотничий ресурс, в том числе и на такую его категорию, которая содержится и разводится в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. При этом для последних имеются особенности. Во-первых, субъектам предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства необходимо иметь разрешение. Во-вторых, этот вид деятельности должен осуществляться в рамках охотничьего хозяйства на основании охотхозяйственного соглашения и на территории закрепленного охотничьего угодья²⁰. В-третьих, главной и единственной целью использования охотничьего ресурса, содержащегося и разводимого в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, является не охота и не добыча, а обеспечение сохранения и воспроизводства охотничьих ресурсов (ст. 46 Закона об охоте). Важно, что разрешение юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю на

²⁰ Охотничьи угодья подразделяются на охотничьи угодья, которые используются юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями на основаниях, предусмотренных Законом об охоте (закрепленные охотничьи угодья), и охотничьи угодья, в которых физические лица имеют право свободно пребывать в целях охоты (общедоступные охотничьи угодья) — п. 1, 2 ч. 2 ст. 7 Закона об охоте.

содержание и разведение охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания аннулируется при несоответствии такой деятельности установленной цели²¹.

Именно такое толкование действующего правового режима охотничьего ресурса, содержащегося и разводимого в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, является научно обоснованным и доктринально стабильным [Иутин И.Г. и др., 2011: 93–97, 217–220].

В пояснительной записке к законопроекту отсутствовало социально-экономическое обоснование необходимости «вольерной охоты», приводились лишь данные о количестве животных, находящихся в охотхозяйствах²². По данным интернет-портала Охотники.ру, участники рабочей группы по подготовке законопроекта в январе прошлого года подчеркивали, что «вольерная охота» уже ведется, но ее правила не утверждены законом²³. В том, что «вольерная охота» была и есть сейчас, убеждает и множество рекламных предложений в Интернете, обещающих «гарантированную» или «легкую» охоту на дичь, копытных, кабана и других животных в Московской и Калужской областях, Республике Коми и других регионах. Например, в Подмоскovie компания «Сафари парк» предлагает участие в «Русском сафари» на кабана в группе до 5 человек продолжительностью до 3 часов с гарантированным трофеем²⁴.

Инициаторы законопроекта о «вольерной охоте» не обосновали также и объективную юридическую причину, по которой необходимо осуществлять охоту на охотничий ресурс, находящийся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. Очевидно, что в рамках действующего правового режима достаточно такой охотничий ресурс разместить в среде обитания (вернуть обратно в естественные для него условия), чтобы осуществлять на него правомерную охоту согласно положениям Закона об охоте и Правилам охоты.

На наш взгляд, в качестве экономического стимула для охотхозяйств вместо легализации «вольерной охоты» требуется государственная поддержка

²¹ См.: Закон об охоте (ч. 1, 2, 7 ст. 49); Порядок выдачи разрешений на содержание и разведение охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, отказа в их выдаче или их аннулирования (п. 11.3, 16.1), утвержденный приказом Министерства природных ресурсов и экологии от 24.12.2010 № 561 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2011. № 8.

²² В пояснительной записке указано: по данным Госохотреестра в 2018 году деятельность по содержанию и разведению охотничьих ресурсов в полувольных условиях в России осуществляли 183 охотпользователя на 236 объектах охотничьей инфраструктуры, расположенных на территориях общей площадью более 270 тыс. га. Всего на указанных объектах содержалось около 20 тыс. оленей, 10 тыс. кабанов, 5 тыс. косуль, 3 тыс. ланей и другие охотничьи ресурсы.

²³ Соколова М. Вольерную охоту предлагают легализовать. Available at: URL: <http://www.ohotniki.ru> (дата обращения: 20.03.2020)

²⁴ Available at: URL: http://vlesu.ru/hunting/guaranteed_hunt/ (дата обращения: 20.03.2020)

охотхозяйств — например, гарантированные государственные заказы на содержание и разведение необходимых видов охотничьих ресурсов в полуволевых условиях и искусственно созданной среде обитания. Целью такой деятельности должно быть поддержание или увеличение численности диких животных, их дальнейшее переселение в охотничьи угодья других регионов, в которых по данным государственного мониторинга охотничьих ресурсов и среды их обитания наблюдается недостаточность тех или иных популяций. Законодательство не содержало и не содержит препятствий к деятельности в этом направлении (ст. 36, 46, 49, 50 Закона об охоте).

Если вести речь о привлекательности использования разводимых в полуволевых условиях и искусственно созданной среде обитания диких животных для производства мяса, меха, кожи и прочей продукции, создания новых рабочих мест, то подобная деятельность должна регулироваться законодательством о сельском хозяйстве по аналогии с мясным животноводством и звероводством, но никак не путем внесения поправок в Закон об охоте, потому что эти виды деятельности не относятся и не должны относиться к сфере охотничьего хозяйства. Инициаторы и разработчики проекта закона неверно определили вид общественных отношений, подлежащий закону, который должен их регулировать, цель и предмет правового регулирования.

Изменения Закона об охоте даже с учетом декларирования их осуществления в целях достижения надлежащего уровня развития охотничьего хозяйства, однако проведенные способом легализации неправомερных действий, представляют собой более чем сомнительный результат. Проблемность результата правотворчества заключается как в концептуальной несостоятельности содержания самих новелл, так и в способе их введения в правовую систему.

Появлению этой законодательной инициативы способствовало отсутствие надлежащего реагирования со стороны правоохранительных органов и органов государственного надзора в области природопользования на противоправную «вольерную охоту», что свидетельствует о допустимой ими неправомερности в сфере охотничьего хозяйства. С принятием Закона о «вольерной охоте» эта допустимая неправомερность стала нормой закона.

На недопустимость поверхностного и поспешного правотворчества, бездействия правоприменительной системы в сфере экологии, в том числе в деле охраны и использования животного мира в качестве важнейшего стабилизирующего компонента биосферы, неоднократно указывали известные праведы-экологи [Боголюбов С.А., 2010: 454–482].

1.3. Несоответствие норм Закона о «вольерной охоте» законодательным требованиям

Закон вводит новый самостоятельный вид охоты, который не установлен ст. 12–19 Закона об охоте. Однако «вольерная охота» не определяется в

качестве самостоятельного вида охоты в дополнение к имеющимся. Инициаторы и авторы Закона предпочли определить ее в качестве «особенности осуществления любительской и спортивной охоты в отношении охотничьих ресурсов, находящихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания».

В отличие от семи самостоятельных видов охоты на введенные «особенности осуществления любительской и спортивной охоты» не распространяются законодательные ограничения: запрет охоты в определенных охотничьих угодьях, в отношении отдельных видов охотничьих ресурсов, их пола и возраста; сроки охоты; установление допустимых для использования орудий охоты, способов охоты, транспортных средств, собак охотничьих пород и ловчих птиц (ст. 22 Закона об охоте). Закон «о вольерной охоте» лишь декларирует возможность (а не предписывает обязательность) установления ограничений уполномоченным федеральным органом исполнительной власти.

В соответствии с Законом о «вольерной охоте» Правила охоты, являющиеся основой осуществления охоты и сохранения охотничьих ресурсов (ст. 23 Закона об охоте), также не распространяют действия на «особенности осуществления любительской и спортивной охоты». Не применимы к этому случаю также лимиты и квоты добычи охотничьих ресурсов (ст. 24 Закона об охоте).

Таким образом, законодательно установлено право осуществления «любительской и спортивной охоты» на охотничьи ресурсы, которые содержатся и разводятся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, без распространения на такую охоту установленных Законом об охоте и Правилами охоты ограничений, запретов и требований. Речь идет о требованиях к охоте на копытных животных, медведей, пушных животных, различные виды дичи; требований к охоте с собаками охотничьих пород и ловчими птицами; требований к отлову и отстрелу охотничьих ресурсов; требований к сохранению охотничьих ресурсов, в том числе к регулированию их численности; требований к продукции охоты.

Исключено важное положение о том, что на основе Правил охоты высшее должностное лицо субъекта федерации (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта) определяет виды разрешенной охоты и параметры осуществления охоты в соответствующих охотничьих угодьях (ч. 5 ст. 23 Закона об охоте).

Не ограничивается и круг лиц — охотников, которым дано право на такую охоту. По Закону о «вольерной охоте» ее могут осуществлять физические лица, сведения о которых содержатся в государственном охотхозяйственном реестре, или иностранные граждане, временно пребывающие в Россию и заключившие договор об оказании услуг в сфере охотничьего хозяйства;

работники юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, выполняющие обязанности, связанные с охотой и сохранением охотничьих ресурсов, на основании трудового или гражданско-правового договора (ч. 1, 2 ст. 20 Закона об охоте).

Охота с целью добычи охотничьих ресурсов, содержащихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, допускается при наличии путевки — документа, подтверждающего заключение договора об оказании услуг в сфере охотничьего хозяйства, а разрешения не требуется. В то же время согласно ст. 8, 29 — 31 Закона об охоте право на добычу охотничьих ресурсов возникает с момента выдачи разрешения на их добычу. Все виды охоты (ст. 13 — 18), включая промысловую, любительскую и спортивную, и даже охоты в целях научно-исследовательской или образовательной деятельности, осуществляются на основании путевки и разрешения. Исключение составляет охота в целях ведения традиционного образа жизни и традиционной хозяйственной деятельности (ст. 19)²⁵. Однако в Законе о «вольерной охоте» это правило и исключение из него не учитываются.

Таким образом, критикуемые изменения в Законе об охоте не согласуются с действующими нормами этого Закона, вносят необоснованное исключение в общее правило возникновения права на добычу охотничьих ресурсов и его надлежащей фиксации в правоустанавливающих документах.

Поскольку на «вольерную охоту» не должны распространяться действующие для всех остальных семи видов охоты запреты, ограничения и требования, соответственно, субъекты такой охоты фактически освобождаются от юридической ответственности. К ним становятся неприменимыми ст. 8.37 (ч. 1–1.3) Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП) (нарушение правил охоты) и ст. 258 УК (незаконная охота). Становится возможной и легальной ситуация, когда субъект предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства организует охоту в закрепленном за ним охотничьем угодье на диких животных, содержащихся в вольере (искусственно созданной среде обитания и в полувольных условиях) в любое время года (бессрочно), на любые виды животных, с применением любых орудий и способов. При этом нельзя исключать, что субъектами такой охоты с целью гарантированной добычи и получения трофея могут стать лица, не обладающие даже статусом охотника, без охотничьего билета, без прохождения охотминимума, не имеющие соответству-

²⁵ В этом случае охота осуществляется свободно (без разрешений) в объеме добычи охотничьих ресурсов, необходимым для личного потребления лицами, относящимися к коренным малочисленным народам Севера, Сибири и Дальнего Востока, и их общинами, а также лицами, не относящимися к указанным народам, но постоянно проживают в местах их традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности и у которых охота является основой существования.

ющих знаний и навыков (ст. 20, 21 Закона об охоте). Такой «аттракцион», больше напоминающий тир с живыми мишенями, причем небезопасный для самих его участников, согласно критикуемому Закону намеренно выведен из сферы публичного правового регулирования. Эта деятельность в рамках охотничьего хозяйства переходит исключительно в плоскость частноправового регулирования. Единственным правоустанавливающим документом для такой деятельности становится путевка — договор, имеющий юридическую природу услуги, который оформляется между субъектом предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства и его клиентом — так называемым охотником. Участие государства в этих отношениях исключается, в том числе и в части реализации государственных полномочий по регулированию и надзору в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов (ст. 32–35, 40 Закона об охоте).

Согласно доктрине (в теоретическом аспекте) критикуемые нормы идентифицируются в качестве «правотворческих дефектов». При их внедрении в правовую систему они становятся «законодательным дефектом», «дефектом норм права» и «дефектом системы права» [Хлуденева Н.И., 2014: 12–13, 153–156].

2. Изменение правового режима объектов охотничьей инфраструктуры

В первом варианте законопроекта предлагалось ограничить площадь земельного участка и (или) лесного участка в границах закрепленного охотничьего угодья, предназначенного для осуществления любительской и спортивной охоты на охотничьи ресурсы, находящиеся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, которая должна была быть не менее 50 га. Нетрудно подсчитать, что размеры границ такого участка — вольера составят следующие величины: две стороны по 500 метров и две стороны по 1000 метров. К тому же никто не мешает субъекту предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства внутри этого вольера во время охоты ограничивать территорию перемещения диких животных дополнительными загонами.

Во вступившем в силу Законе о «вольерной охоте» установление требований к земельному и (или) лесному участку, предназначенному для осуществления любительской и спортивной охоты в отношении охотничьих ресурсов, находящихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания, отнесено к компетенции уполномоченного федерального органа исполнительной власти. Такая новелла влечет необходимость разработки и принятия нового подзаконного нормативного правового акта, однако на мо-

мент подготовки настоящей статьи такой акт не принят и на необходимость его разработки и принятия не указывалось на стадии проектирования закона. К тому же данная новелла снижает уровень правового регулирования по важному вопросу и, соответственно, уменьшает юридическую силу нормативного правового акта.

Законом о «вольерной охоте» установлено, что к охотничьей инфраструктуре относятся объекты капитального строительства, некапитальные строения, сооружения, перечень которых утверждается Правительством Российской Федерации. Немаловажно, что объекты охотничьей инфраструктуры предлагается сделать объектами гражданских прав. До принятия и вступления в силу Закона о «вольерной охоте» в прежней редакции ст. 53 Закона об охоте не устанавливалась классификация объектов охотничьей инфраструктуры по видам строений и сооружений на капитальные и некапитальные. Имелось указание, что объекты могут быть «временными постройками», а перечень таковых утверждается Правительством. Этот перечень утвержден распоряжением Правительства от 11.07.2017 №1469²⁶, в котором отсутствует видовая принадлежность объектов, относящихся к охотничьей инфраструктуре к капитальному и некапитальному строительству. Однако отечественный Лесной кодекс (ч. 4 ст. 36) устанавливает, что на лесных участках, предоставленных для деятельности в сфере охотничьего хозяйства, допускается создание объектов охотничьей инфраструктуры, являющихся именно некапитальными строениями, сооружениями. В соответствии с п. 5 Правил использования лесов для осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства, утвержденных приказом Минприроды России от 12.12.2017 № 661, на лесных участках допускается создание объектов охотничьей инфраструктуры, являющихся временными постройками²⁷.

Таким образом, придание статуса капитальных строений, сооружений объектам охотничьей инфраструктуры, находящимся на территориях охотничьих угодий, влечет коллизию с нормами законодательства в области охраны и использования животного мира, охоты и сохранения охотничьих ресурсов, земельного законодательства, а также противоречит нормам лесного законодательства.

По нашему мнению, состоявшееся законодательное установление повлечет массовое оборудование территорий охотничьих угодий ограждениями, искусственно ограничивающими площадь самостоятельного передвижения охотничьих ресурсов. Причем такое ограничение фактически коснется не только охотничьих ресурсов, находящихся в полувольных условиях и искус-

²⁶ СЗ РФ. 2017. № 29. Ст. 4423.

²⁷ СПС КонсультантПлюс.

ственно созданной среде обитания, но и всех диких животных — объектов животного мира, лишая их возможности естественной миграции.

При реализации этих законодательных установлений в действиях субъектов предпринимательской деятельности в сфере охотничьего хозяйства могут возникнуть признаки правонарушений, предусмотренных ст. 8.29 (уничтожение мест обитания животных) и 8.33 (нарушение правил охраны среды обитания или путей миграции объектов животного мира) КоАП [Ноздрачев А.Ф., 2020: 340–343, 371–377]. В любом случае и диким животным, и среде их обитания будет причиняться вред [Кичигин Н.В., 2017: 20–38, 239–255].

3. Неприменимость зарубежного опыта правового регулирования «вольерной охоты» в Российской Федерации

В качестве обоснования необходимости «вольерной охоты» в пояснительной записке к проекту закона приводились сведения о количестве охотхозяйств, занимающихся разведением диких животных в полувольных условиях в некоторых странах ЕС, о поголовье отдельных видов животных, содержащихся в таких охотхозяйствах. Также указывалось, что в ЮАР и Техасе (США) «созданы целые индустрии по вольерному разведению животных и их добыче с занятостью в десятки тысяч человек»²⁸. Этим анализ зарубежного опыта в пояснительной записке исчерпывается. Однако приведенные данные подтверждают лишь факт содержания и разведения диких животных — охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. Этой информации недостаточно чтобы делать выводы и давать рекомендации по внесению изменений в отечественный Закон об охоте, которые легализуют охоту на охотничий ресурс, содержащийся и разводимый в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. Прежде всего неясно, к какому виду общественных отношений принадлежит деятельность по производству мяса диких животных вольерного содержания и каким именно законодательством регулируются в зарубежных странах эти отношения — сельскохозяйственным (аграрным) либо охотничьим. Также неясно, какими способами достигается цель — забоем, как в мясном животноводстве, либо отстрелом, как при добыче на охоте.

²⁸ Пояснительная записка к редакции законопроекта, зарегистрированной 07.11.2019 и принятой в первом чтении 11.12.2019 / Паспорт законопроекта № 689852-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части добычи охотничьих ресурсов в полувольных условиях или искусственно созданной среде обитания). Available at: URL: <http://www.sozd.duma.gov.ru> (дата обращения: 20.03.2020)

Между тем в европейских странах и отдельных штатах США право на охоту связано с обязательствами, которые касаются сохранения биоразнообразия и контроля за популяцией видов диких животных. Поэтому в этих государствах в последние десятилетия была разработана концепция соединения права на охоту с правом частной собственности на землю. В правовых системах тех стран, где эта концепция утвердилась, такой подход обосновывается задачей сохранения фауны — за счет заинтересованности частных владельцев в сохранении источника дохода, который поступает от охоты.

Таким образом, развитие «вольерной охоты» за рубежом обусловлено взаимосвязью права собственности на землю и права собственности на диких животных. К примеру, в Португалии²⁹, Франции³⁰, Германии³¹, Румынии³², Испании право на охоту принадлежит владельцу земельного участка. При этом в Испании частные земли составляют примерно 80% общей площади охотничьих угодий [Fainisi F., 2013: 150–155]. В ЮАР³³ и США³⁴ вольерная охота практикуется в «охотничьих заповедниках» или «охотничьих ранчо» на частных землях.

По нашему убеждению, практика зарубежной «вольерной охоты» не может быть принята за основу в России, поскольку она, во-первых, не соответствует отечественным концептуальным положениям о праве собственности на животный мир и, во-вторых, противоречит принципу отделения права пользования животным миром от права пользования землей и другими природными ресурсами.

В соответствии с российским Законом о животном мире таковой, в том числе и охотничьи ресурсы находятся в государственной собственности (ст. 4). Государство является субъектом права собственности и на природные ресурсы (земельные и лесные участки), которые входят в состав территорий, занятых охотничьими угодьями. Именно государство предоставляет охотничьи угодья в пользование субъектам предпринимательской деятельности [Анисимов А.П., 2013: 27] и право на добычу охотничьих ресурсов на основании заключаемых с ними по итогам аукциона охотхозяйственных соглашений (ст. 27, 28 Закона об охоте).

²⁹ Hunting Act No. 30/86 // Diário da República, no. 196/86 (I-A), 27 August 1986, p. 2211–2220.

³⁰ Ordonnance №2000-914 du 18 septembre 2000 relative a la partie Legislative du Code de l'environnement // JO no 219 du 21 septembre 2000, p. 14792.

³¹ Federal Hunting Act // Bundesgesetzblatt, no. 122, 1 October 1976, p. 2849–2861.

³² Law no. 407/2006 regarding hunting and the protection of the hunting wildlife // Official Gazette of Romania, part I, no 944, 22 November 2006.

³³ The national environmental management: biodiversity act (ACT no IO of 2004) // Government Gazette (Pretoria). 28 January 2005, no 27214.

³⁴ The Animal Welfare Act — Public Law 89-544 Act of August 24, 1966 // United States Code. Title 7. Sections 2131–2156.

ГК содержит единое понятие права собственности. Существуют лишь особенности в правовом режиме отдельных объектов права собственности, которые обладают индивидуальными свойствами. К таким объектам относится животный мир³⁵. Земля и другие природные ресурсы используются и охраняются как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории (ст. 9 Конституции России). Фактически природные ресурсы подпадают под правовой режим объектов исключительной государственной собственности [Суханов Е.А., 1991: 29–31]. Использование диких животных в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания в целях охоты ведет фактически к их «приватизации» [Данилкин А.А., Краев Н.В., 2017: 24–25]. Трансформация их в частную собственность противоречит концепции права государственной собственности на охотничьи ресурсы, а самое главное — выводит из сферы государственного регулирования и надзора использование природных ресурсов в сфере охотничьего хозяйства. Таким образом, осуществляется «перевод» регулирования этой деятельности, включая предоставление права на охоту (в том числе добычу) и порядок ее осуществления из публично-правовой в частноправовую сферу, что недопустимо, в том числе по соображениям безопасности.

Рассматривая вопрос о соотношении права собственности на землю и права собственности на животный мир, необходимо учитывать исторический опыт. Так, согласно ст. 539 (примечание 1) Порядка приобретения и управления прав на имущество, дикие звери, перешедшие от одного владельца к другому, не подлежали возвращению. Они становились собственностью владельца земли, на которую перешли³⁶. Анализ законодательства и

³⁵ В юридической литературе подвергается сомнению положение, что животный мир как таковой может находиться в какой-либо собственности. Так, по мнению Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина, объекты права собственности «не могут выходить из владения собственника помимо его воли, за исключением случаев, прямо указанных в законе. Это необходимое условие отсутствует в части многих диких животных, которые могут свободно мигрировать из одной страны в другую». Названные ученые считают, что дикие животные могут стать объектом права собственности только в случаях, когда они изъяты из естественной среды обитания, но тогда они становятся не «объектами», а животными, имуществом, отношения по поводу которых регулируются не экологическим законодательством с его публично-правовыми средствами, а гражданским законодательством с преимущественно частноправовыми средствами [Абова Т.Е., Кабалкин А.Ю., 2004: 496–498]. Аналогичная позиция встречается в работах других ученых, при этом имеется дополнительная аргументация, например, о том, что «...следует говорить не о праве собственности на объекты животного мира, а о распространении на них юрисдикции российского государства. Реализуя свое право на животный мир, государство предоставляет право пользования таковым» [Боголюбов С.А., 2007: 217]. Дикие животные в состоянии естественной свободы не могут быть полноценными объектами гражданского оборота и практически исключены из сферы гражданско-правового регулирования [Корнилова Н.В., 2019: 70–73].

³⁶ О порядке приобретения и управления прав на имущество // Свод законов Российской империи. Т. X. Ч. 1. СПб., 1900. С. 58.

научных взглядов ученых дореволюционной России свидетельствуют о существовании права частной собственности на животный мир. Однако нельзя не отметить, что даже при таком правовом режиме «вольерная охота» не была распространена среди помещиков — собственников земельных участков.

Развитие идеи Г.Ф. Шершеневича [Шершеневич Г.Ф., 2017: 253–254] в решении проблемы соотношения права собственности на животный мир можно проследить в действующем законодательстве РФ. Дикие животные не являются принадлежностью земли, а рассматриваются как самостоятельные объекты правоотношений. Действующее законодательство регулирует порядок пользования ими (в первую очередь Закон об охоте). Предоставление в пользование земельного участка не означает возникновение у землепользователя права пользоваться животным миром. В соответствии с законодательством право пользования животным миром является самостоятельным субъективным правом, которое не относится к правомочиям пользования землей.

Концепция Закона о «вольерной охоте» противоречит принципу отделения права пользования животным миром от права пользования землей и другими природными ресурсами. При его разработке не учитывалось положение о том, что «пользование животным миром должно юридически основываться (и, соответственно, оформляться) и осуществляться в специальном порядке с учетом условий, обеспечивающих сохранение животного мира как компонента окружающей среды, а также особого значения для удовлетворения духовных потребностей человека и принципа гуманизма при обращении с животными» [Дубовик О.Л., 2007: 574].

В соответствии с Законом об охране окружающей среды животный мир является природным ресурсом наравне с землями, лесами, водами. В отношении каждого природного ресурса законодательство устанавливает правовой режим использования и охраны. Условия и виды пользования животным миром установлены Законом о животном мире. Пользование животным миром осуществляется с учетом специфики этого природного объекта. В необходимых случаях право на пользование животным миром передается одновременно с правом пользования земельными, лесными участками и водными объектами. При этом водопользователи, землепользователи и лесопользователи обязаны осуществлять мероприятия по охране животного мира и среды его обитания. По охотхозяйственному соглашению в аренду передаются земельные и лесные участки и одновременно право на пользование животным миром. На практике вопрос об отделении лесопользования от пользования животным миром встает часто. Суды, руководствуясь принципом отделения права пользования животным миром от права пользования землей и другими природными ресурсами, приходят к выводу,

что приобретение права пользования лесным участком не свидетельствует об автоматическом приобретении лицом права пользования животным миром, поскольку для последнего действующим законодательством предусмотрен особый порядок. Пользователь животным миром имеет право, но не обязанность, получать земельные и лесные участки для своих нужд³⁷.

В ряде европейских государств, а также в США существует практика использования диких животных в полувольных условиях в целях охоты на ограниченных территориях. Для удержания животных «охотничьи заповедники» или «охотничьи ранчо» имеют усиленные заборы. Большинство охотничьих ранчо занимают площади от нескольких сотен до нескольких тысяч гектаров, но животные в них не всегда свободно передвигаются по всей площади. Некоторые виды животных ограничиваются в передвижении в гораздо меньших по размерам заграждениях. В отдельных ранчо клиенты с минимальными навыками могут отстреливать животных в огороженном вольере площадью всего в несколько квадратных метров. Иногда диких животных, предназначенных к отстрелу, даже привязывают к колу³⁸. На больших территориях, где невозможно быстро и легко отстрелить животных, на помощь приходят гиды, знакомые с местностью и привычками животных, включая места, где они отдыхают и кормятся. На территории ранчо строят кормовые станции и водопои именно чтобы привлечь животных в места, где их можно легко добыть, а время прибытия клиентов к кормовым станциям синхронизируется со временем кормления животных.

Нельзя не отметить, что в странах, где существует «вольерная охота», наблюдается активное движение против такого использования животных. Общественные организации возражают против такой охоты ввиду того, что она игнорирует принципы «честной охоты», в соответствии с которыми условия охоты и состояние животного должны быть такими, чтобы у него была возможность уклониться от охотника в естественной среде обитания благодаря своим инстинктам и возможностям. Другое распространенное возражение заключается в том, что «вольерная охота» обычно влечет за собой гораздо больше страданий для животного, чем обычная. По мнению американских ученых, «вольерную охоту» следует определить как «отстрел животных в небольших вольерах»³⁹. Эта деятельность не имеет ничего общего с мотивами, которые определяют подлинную охоту: «добывание здоровой органической

³⁷ См., напр., постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 20.09.2005 № А55-14967/01-10. Available at: URL: <http://base.garant.ru/34502876/> (дата обращения: 20.03.2020)

³⁸ Brian D. Fish in a Barrel, Lions in a Cage: Canned Hunting in the U.S. and South Africa. Available at: <https://www.britannica.com/story/fish-in-a-barrel-lions-in-a-cage-canned-hunting-in-the-us-and-south-africa> (дата обращения: 20.03.2020)

³⁹ Ibid.

пищи; участие во вневременных циклах рождения, смерти и воспитания; почитание жизни».

Исследовав практику использования диких животных в искусственно созданной среде обитания и в полувольных условиях в зарубежных государствах, а также российский исторический опыт в сфере охоты, следует сделать вывод о невозможности введения на территории России данного вида использования диких животных, поскольку такое использование:

1) противоречит принципу осуществления пользования животным миром способами, не допускающими жестокого обращения с животными в соответствии с принципами гуманности;

2) не соответствует правовой конструкции права государственной собственности на животный мир;

3) нарушает требования правового принципа отделения права пользования животным миром от права пользования землей и другими природными ресурсами;

4) выводит охоту, включая право на добычу охотничьего ресурса, из сферы публично-правового регулирования и ограничивает регулирование цивилистическим способом.

Заключение

На основании исследования дадим научный прогноз возможных последствий внедрения рассмотренных законодательных новаций в области охоты и сохранения охотничьих ресурсов в правовую и экологическую систему России. Прогноз этот крайне негативен.

Изменения Закона об охоте фактически направлены на легализацию «вольерной охоты» — неправомерной добычи охотничьих ресурсов на ограниченной территории, вне среды их обитания, в отсутствие естественной свободы и возможности миграции. Легализуется также незаконное возведение объектов капитального строительства на территориях охотничьих угодий. В связи с этим прогнозируем следующие негативные последствия.

Будут попытки сокращения размера площади земельного и лесного участков под объектом охотничьей инфраструктуры (ранее проектировалось не менее 50 га), в котором допускается любительская и спортивная охота с целью добычи охотничьих ресурсов, содержащихся в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. Появятся предложения о передаче полномочий в этой части с федерального подзаконного уровня на региональный.

Возникнут ограждения (заборы) — объекты охотничьей инфраструктуры, в том числе относящиеся к категории капитальных строений и со-

оружий по границам территорий, которые занимают охотничьи угодья. Значительная часть территорий закрепленных охотничьих угодий станет исключительно объектом охотничьей инфраструктуры, предназначенной для содержания, разведения и использования охотничьих ресурсов в полувольных условиях и искусственно созданной среде обитания. Это создаст коллизии с земельным и противоречия с лесным законодательством и воспрепятствует естественной миграции всех объектов животного мира, в том числе охотничьих ресурсов, что, в свою очередь, влечет опасность возникновения в действиях охотпользователей признаков административных правонарушений. Возникнут проблемы с государственным надзором за соблюдением соответствующих требований к земельным и лесным участкам, а также вольерам и ограждениям в качестве объектов охотничьей инфраструктуры, например, их размерам.

Классификация семи видов охоты, определяющая их правовой режим, утратит четкость. Трансформируется юридическое понятие «охота». Содержание понятия «любительская и спортивная охота», включающее в себя шесть признаков, фактически сократится до двух элементов — добычи дикого животного, находящегося в неволе, и получения продукции охоты. Охота в качестве вида деятельности выйдет из сферы публичного права и станет предметом регулирования договора услуги, удовлетворяющего спорное с позиций правомерности и безопасности волеизъявление его сторон. В связи с прогнозируемой востребованностью «вольерной охоты» возникнет «охота без правил», не имеющая ограничений, запретов и требований при отсутствии юридической ответственности, что создаст вседозволенность и безнаказанность лиц, ее организующих и осуществляющих.

Нельзя исключать, что на территориях охотничьих угодий в качестве объектов капитального строительства, в том числе объектов благоустройства легально возникнут коттеджи, бассейны, теннисные корты, поля для игры в гольф и пр. строения и сооружения, не отвечающие целевому назначению земельных и лесных участков. При придании им статуса объектов гражданских прав неизбежно возникнут коллизии и противоречия в связи с оборотоспособностью такого недвижимого имущества, находящегося на территории охотничьего угодья. Например, в связи с осуществлением перехода права на земельный участок (части территории охотничьего угодья) при переходе права собственности на здание, сооружение (ст. 35 Земельного кодекса Российской Федерации). Утратит значение конкурентный порядок предоставления права пользования охотничьим угодьем в целях ведения охотничьего хозяйства (ст. 27, 28 Закона об охоте).

Помимо правовых последствий легализации «вольерной охоты», необходимо обратить внимание на последствия для окружающей среды, о ко-

торых ученые предупредили законодателей, выразив крайнюю обеспокоенность в связи с принятием в первом чтении законопроекта, легализующего «вольерную охоту»⁴⁰. В обращении отмечено, что такие специализированные охотничьи хозяйства будут нести колоссальную угрозу естественным популяциям животных и растений, причем вредоносные преобразования распространятся на огромные территории, равные тысячам гектаров, будут иметь глубокий характер и необратимые последствия. Интенсивные биотехнические мероприятия, направленные на поддержание высокой численности и значительной плотности небольшого числа видов животных на ограниченной территории ведут к разрушению системы межвидовых связей, катастрофическому сокращению биологического разнообразия и полной деградации сложнейших комплексов биогеоценозов, на формирование которых уходят многие тысячи лет эволюции.

Высокая плотность крупных копытных млекопитающих неизбежно приводит к глубоким разрушениям растительного и почвенного покрова. При этом в охотхозяйствах целенаправленно снимается пресс хищников и, как правило, полностью уничтожается популяция волка и рыси. Тем самым разрушается сформировавшийся за долгое время эволюции тончайший механизм взаимных межвидовых приспособлений, ответственный за устойчивость экологических систем, и разрушение этого механизма неизбежно затронет соседние с охотничьими хозяйствами территории.

Также существуют гигантские риски, связанные с разрушительными последствиями «обогащения» фауны того или иного охотничьего хозяйства посредством акклиматизации в нем видов животных, ранее не свойственных данной экосистеме. Исход подобных экспериментов непредсказуем. «Вселенные» виды обычно ведут себя экологически агрессивно: они часто оказываются конкурентоспособнее, чем аборигенные, имеют более высокий демографический потенциал, ведущий к собственному демографическому взрыву, оказывают чрезмерное воздействие на растительный покров и приносят разрушительные последствия для многих аборигенных видов (не только конкурентов, но и кормовых объектов для «вселенцев»). Еще в советское время попытки «обогащения охотничьей фауны» получили отрицательную оценку экологов, установивших разрушительные последствия акклиматизации чужеродных видов для аборигенной фауны, экосистем и эпизоотической обстановки.

⁴⁰ Как сообщил зоозащитный центр «Вита», 30.12.2019 группа российских ученых-биологов направила обращение Председателю Государственной Думы (копию — Руководителю Администрации Президента). Обращение подписали 26 докторов и кандидатов наук из ведущих научных учреждений страны. Available at: URL: <http://www.vita.org.ru/new/2019/dec/30.htm> (дата обращения: 07.01.2020)

К тому же, как предупреждали биологи, любой вид животных является носителем многообразного паразитоценоза и резервуаром новых форм патогенных вирусных и бактериальных агентов, включая заболевания, к которым у представителей местной фауны отсутствует иммунитет, что является одной из основных причин вымирания растений и животных за последние 500 лет. В связи с отмеченными угрозами, а также учитывая антигуманный характер «вольерной охоты», авторы обращения призывали парламентариев не допустить, чтобы «Россию превратили в территорию сохранения и процветания порочной практики эксплуатации животного мира» и снять законопроект с рассмотрения⁴¹.

Авторы солидарны с учеными-биологами и выражают надежду, что введенные Законом о «вольерной охоте» новеллы будут отменены (признаны утратившими силу), поскольку их коррекция невозможна ввиду концептуальной несостоятельности.



Библиография

Абова Т.Е., Кабалкин А.Ю. (ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Юрайт, 2004. 975 с.

Анисимов А.П. Правовой режим охотничьих угодий // Юридическая наука. 2013. N 1. С. 26–29.

Боголюбов С.А. (ред.) Комментарий к Закону о животном мире. М.: Юстицинформ, 2002. 368 с.

Боголюбов С.А. и др. Реализация прав собственности на природные ресурсы. М.: Юристъ, 2007. 240 с.

Боголюбов С.А. Правотворчество в сфере экологии. М.: Эксмо, 2010. 528 с.

Боголюбов С.А. Реализация экологической политики посредством права. М.: ИНФРА-М, 2015. 320 с.

Данилкин А.А., Краев Н.В. Воля, полуволя и неволя (проблемы правового регулирования разведения диких животных) // Экологическое право. 2017. N 6. С. 24–32.

Дубовик. О.Л. Экологическое право. М.: Эксмо, 2007. 768 с.

Иутин И.Г. и др. Комментарий к Федеральному закону от 24 июля 2009 г. «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2011. 296 с.

Кичигин Н.В. и др. Правовое регулирование возмещения экологического вреда. М.: ИНФРА-М, 2017. 368 с.

Корнилова Н.В. О праве собственности на объекты животного мира // Аграрное и земельное право. 2019. N 5. С. 71–73.

Лебедев В.М. и др. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М.: Юрайт, 2005. 921 с.

Минина Е.Л. и др. Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов. М.: ИНФРА-М, 2016. 328 с.

⁴¹ Там же.

Ноздрачев А.Ф. и др. Комментарий к главе 8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. «Административные правонарушения в сфере охраны окружающей среды и природопользования» (постатейный). М.: ИНФРА-М, 2020. 472 с.

Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М.: Юрид. лит., 1991. 240 с.

Тихомиров Ю.А. Юридическое прогнозирование. М.: Норма, 2018. 168 с.

Хлуденева Н.И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды. М.: ИНФРА-М, 2014. 172 с.

Хлуденева Н.И. и др. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 10 января 2002 г. N 7-ФЗ «Об охране окружающей среды». М.: Контракт, 2018. 528 с.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Общая часть. М.: Юрайт, 2019. 148 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Legalization of Aviary Hunting as Another Controversial Result of Domestic Law-Making



Dmitry Gorokhov

Leading Researcher, Department of Environmental and Agricultural Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Chermushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: julia7709@yandex.ru



Svetlana Ivanova

Associate Professor, Department of Land and Labor Law, Orenburg State Agrarian University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 18 Chelyuskintsev Str., Orenburg 460014, Russian Federation. E-mail: servis-05@list.ru



Abstract

The article presents results of a comprehensive study of the Federal law “On amendments to the Federal law “On hunting and conservation of hunting resources and on amendments to several legislative acts of the Russian Federation” and the Federal law “On the animal world”, including the history of its design. This Law allows hunting wild animals kept in semi-free conditions and in artificially created habitat (“aviary hunting”). The research was carried out using formal legal and system methods, as well as methods of modeling and comparative law. Its purpose is to find out what is correlation of legislative innovations with “hunting” and environmental legislation and what are possible consequences of their application. The relevance of the research is highlighted by the negative public response accompanied process of designing and approving the law on “aviary hunting”, which is in clear contradiction with the legislative trend of humanizing the treatment of animals. It is proved the purpose of the Law is to legalize illegally conducted “aviary hunting” in order to ensure the continuation of this activity already legally and to remove it from the bans, restrictions and requirements established in the Federal Law on hunting and hunting rules. The Law on “aviary hunting” does not conform to legal concept of hunting and main provisions of the natural resources and environmental legislation of Russia, provide in

fact, the illegal “privatization” of wildlife, which is state property now, as well as areas of hunting grounds by permitting to build real estate in the form of capital structures. It is argued that the foreign experience of “aviary hunting” referred to by the initiators and authors of the Law is not applicable in the Russian legal system based on another principles. As a consequence, legislative innovations does not match the concept of state ownership of wildlife, violate the following basic legal requirements: separation of the right to use the animal world from the right to use land and other natural resources, implementation of wildlife use methods that do not allow cruel treatment of animals, in accordance with the principles of humanity. Retrospect shows that in Russia “aviary hunting” was not widespread even in the conditions of landlord ownership. A forecast of negative consequences of the adoption of the Law on aviary hunting is given, and a proposal is made to cancel or invalidate its provisions.



Keywords

law-making, legislative initiative, hunting, aviary hunting, animal cruelty, habitat of the animal world, maintenance and breeding of hunting resources.

For citation: Gorokhov D.B., Ivanova S.V. (2020) Legalization of Aviary Hunting as Another Controversial Result of Domestic Law-Making. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 183–210 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.183.210



References

- Abova T.E., Kabalkin A.Yu. (ed.) (2004) Comments to the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Yurait, 975 p. (in Russian)
- Anisimov A.P. (2013) Legal regime of hunting grounds. *Yuridicheskaya nauka*, no 1, pp. 26–29 (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (ed.) (2002) *Comments to the Law on the animal world*. Moscow: Yustitsinform, 368 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A. et al. (2007) *Realization of property rights to natural resources*. Moscow: Yurist, 240 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (2010) *Lawmaking in the field of ecology*. Moscow: Eksmo, 528 p. (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (2015) *Implementation of environmental policy through law*. Moscow: INFRA-M, 320 pp. (in Russian)
- Danilkin A.A., Kraev N.V. (2017) Freedom, semi-freedom, captivity (legal regulation of the breeding of wildlife). *Ekologicheskoe pravo*, no 6, pp. 24-32 (in Russian)
- Dubovik. O.L. (2007) *Environmental law*. Moscow: Eksmo, 768 p. (in Russian)
- Iutin I.G., Kichigin N.V. et al (2011) Comments to the Federal Law On Hunting and Conservation of Hunting Resources with Amendments. Moscow: Yustitsinform, 296 p. (in Russian)
- Khludeneva N.I. (2014) *Defects of legal regulation of environmental protection*. Moscow: INFRA-M, 172 p. (in Russian)
- Khludeneva N.I. (ed.) (2018) Comments to the Federal Law on Environmental Protection. Moscow: Kontrakt, 528 p. (in Russian)

- Kichigin N.V. (ed.) (2017) *Legal regulation of compensation for environmental harm*. Moscow: INFRA-M, 368 p. (in Russian)
- Kornilova N.V. (2019) The right of ownership of objects of the animal world. *Agrarnoe i zemel'noe pravo*, no 5, p. 71–73 (in Russian)
- Lebedev V.M. (ed.) (2005) *Comments to the Criminal Code of the Russian Federation*. Moscow: Yurayt, 921 p. (in Russian)
- Minina E.L. (ed.) (2016) *Legal regulation of the use and protection of biological resources*. Moscow: INFRA-M, 328 pp. (in Russian)
- Nozdrachev A.F. (ed.) (2020) *Comments to chapter 8 of the Code of administrative offences*. Moscow: INFRA-M, 472 p. (in Russian)
- Shershenevich G.F. (2019) *Textbook of Russian civil law. Common part*. Moscow: Yurait, 148 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (1991) *Lectures on property law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 240 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A. (2018) *Legal forecasting*. Moscow: Norma, 168 pp. (in Russian)

Административная юстиция



И.В. Панова

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



Аннотация

На основе анализа особенностей развития и современного состояния законодательства, судебной практики рассматриваются актуальные вопросы административной и судебной реформы, раскрывается ряд важных для понимания вопроса терминов (в частности, юридический процесс, административный процесс, административная юстиция, административная юрисдикция, административное судопроизводство), затрагиваются различные проблемы рассмотрения административных дел как в судах, так и в досудебном (внесудебном) порядке. Особое внимание уделено новому Кодексу административного судопроизводства и его согласованности с другими процессуальными законами. Поднимается проблема подведомственности административных дел нескольким коллегиям Верховного Суда, которая приводит к различным результатам рассмотрения аналогичных споров. Критически оцениваются общеюрисдикционный подход суда к рассмотрению споров об административных правонарушениях, связанных с предпринимательской деятельностью. Также выявляются недостатки в осуществлении нормоконтроля по административным делам экономической коллегией Верховного Суда. Большое внимание уделено и проблеме досудебного возмещения убытков, причиненных незаконными действиями административных органов. Предлагается ряд законодательных новелл, касающихся введения порядка досудебного возмещения убытков и ужесточения процедур и мер такой ответственности для субъектов административной власти. В целях обеспечения эффективности института общей административной жалобы и административной защиты прав граждан рассматривается возможность создания в системе исполнительной власти России специального централизованного административного органа по вневедомственному рассмотрению административных дел, способного не только деполитизировать и де бюрократизировать административную власть, но и избавить суды от не свойственной правосудию карательной функции, в частности, привлечения к ответственности по бесспорно мелким административным делам. Доказывается необходимость создания особого административного органа по рассмотрению административных дел, который, во-первых, позволит эффективно (объективно, бесплатно, оперативно) защитить права и законные интересы невластного субъекта; во-вторых, повысит авторитет публичных органов исполнительной власти; в-третьих, разгрузит суды, освободит от несвойственной им функции и не допустит нарушения принципа разделения ветвей власти.



Ключевые слова

административная реформа, административное судопроизводство, административная юрисдикция, административный процесс, административные дела, Кодекс административного судопроизводства, возмещение убытков.

Для цитирования: Панова И.В. Административная юстиция // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 211–229.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.211.229

Введение

В нашей стране идут административная и судебная реформы. В условиях формирования российской государственности институт административного судопроизводства представляет весьма значительный интерес. Несомненно, в последние годы в России к данной проблеме (как к институту правового государства, в основе которого лежит идея правовой защиты невластных субъектов — гражданина, индивидуального предпринимателя, предприятия) в его отношениях с публичной властью внимание усилилось.

Актуальность теоретико-правового исследования вопросов административно-процессуальной деятельности обусловлена многими факторами, например: 1) идет увеличение рассмотрения административных дел как административно-юрисдикционными органами, так и судьями арбитражной системы и судов общей юрисдикции; 2) институт административной юстиции остается в России на законодательном уровне не установленным, а в теории весьма дискуссионным; 3) принят новый Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 N 21-ФЗ (далее — КАС); 4) подготовлен проект общей части нового Кодекса об административных правонарушениях ¹.

Один из актуальных вопросов — повышение эффективности российского судопроизводства за счет унификации гражданского процессуального, арбитражного процессуального и административного процессуального законодательства.

1. Понятийный аппарат

Для начала целесообразно определиться с терминами. Юридический процесс — разновидность социального процесса, который является нормативно установленной формой упорядочивания юридической деятельности (действий) и правовых документов (актов), включающих в себя судебные процессы (судопроизводства) и правовые процедуры. Административный процесс — вид юридического процесса, обладающий всеми признаками, присущими последнему (властный характер деятельности; ее регламентация процессуальными нормами; деятельность целевая, сознательная, направ-

¹ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/703192-6> (дата обращения: 20.04.2020)

ленная на достижение определенных юридических результатов и оформленная в документах). Административный процесс — часть управленческой (исполнительно-распорядительной) деятельности, подлежащей правовой регламентации.

Считаем, что административный процесс публичных органов исполнительной власти состоит из трех частей:

1) административно-нормотворческая часть регламентирует нормотворческие производства по созданию (изменению, приостановлению, отмене) подзаконных нормативных актов исполнительных органов публичной власти в целях создания правовой базы для реализации законов;

2) административно-правонадельительная часть включает производства, регламентирующие правоприменительную, неюрисдикционную деятельность широкого круга исполнительных органов публичной власти по реализации прав и обязанностей индивидуальных и коллективных субъектов в сфере управления, осуществляемую в административно-процессуальной форме;

3) административно-юрисдикционная часть состоит из правоприменительных производств юрисдикционного, принудительного характера широкого круга субъектов исполнительных органов публичной власти по разрешению споров, реализации санкций и защите охранительного правоотношения с применением мер государственного принуждения (административного, дисциплинарного), осуществляемых в административно-процессуальной форме.

Административно-процессуальная деятельность — вид юридического процесса, обладающий всеми признаками, присущими последнему (властный характер деятельности; регламентация деятельности юридическими процессуальными нормами; деятельность целевая, сознательная, направленная на достижение определенных юридических результатов и оформляемая в документах). В настоящее время в российском законодательстве понятия «административная юстиция» и «административное судопроизводство» не совпадают [Бахрах Д.Н., 2009: 2–6]; [Бахрах Д.Н., 2005: 19–25]; [Бурков А.Л., 2003: 62–68]. Термин «административная юстиция» в России на законодательном уровне не установлен и употребляется юристами только в теории.

Административная юстиция включает рассмотрение административных споров в особом (административном) порядке как судебными, так и внесудебными (квазисудебными) административно-юрисдикционными органами.

Административная юрисдикция — установленная законом совокупность правомочий судов, иных государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц по рассмотрению административно-правовых дел и исполнению принятых при рассмотрении дел решений.

Административное судопроизводство — не деятельность администрации, а вид судопроизводства по рассмотрению административных дел в особом порядке, регламентированном нормами административно-процессуального права. Отметим, что административное судопроизводство в арбитражных судах существует. Это свое судоустройство, специализация судей и особый процесс.

Для рассмотрения административных дел ранее предлагалось четыре варианта реформирования: 1) создание самостоятельных административных судов; 2) одновременное функционирование административных судов в рамках существующей судебной системы (как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах); 3) принятие единого федерального конституционного закона, регулирующего процедуру рассмотрения дел, возникающих из административных правоотношений, как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах; 4) реформирование (усовершенствование) административного судопроизводства в рамках существующих судебных систем путем внесения соответствующих изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (далее — АПК) и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (далее — ГПК).

Новый КАС² вступил в силу 15.09.2015. КАС по аналогии с ГПК регламентирует всю процедуру рассмотрения административных дел в судах, начиная от подачи административного искового заявления и заканчивая исполнением судебных актов. Новый кодекс никак не затрагивает и не регулирует вопросов производства по делам об административных правонарушениях (ни в судах, ни в досудебном (внесудебном) порядке), данный порядок остался прежним. КАС также не регулирует вопросов внесудебного производства по административным делам. Его сфера регулирования охватывает только вопросы судопроизводства в судах общей юрисдикции. Арбитражное судопроизводство кодекс также не регулирует. Арбитражные суды будут рассматривать соответствующие административные дела в прежнем порядке.

В то же время некоторые нормы кодекса заимствованы из АПК, например, правила освобождения от доказывания обстоятельств, признанных сторонами³, или положение, согласно которому можно приложить к административному исковому заявлению документы в электронной форме⁴. Внедрение подобных норм позволит сблизить порядок рассмотрения админи-

² Кроме части 2 и 4 статьи 45, часть 8 статьи 125, часть 2 статьи 126, часть 7 статьи 299, часть 3 статьи 319, часть 4 статьи 347, части 4, 5 и 9 статьи 353 КАС РФ, которые были введены в действие с 15.09.2016, а пункт 14 статьи 21 КАС РФ — 01.01.2017.

³ Ст. 65 КАС РФ.

⁴ Ч. 8 ст. 125 КАС РФ.

стративных дел в судах общей юрисдикции с порядком рассмотрения таких дел в арбитражных судах. Подавляющее большинство норм кодекса аналогичны соответствующим нормам ГПК. Таким образом, процедура рассмотрения административных дел осталась в основном неизменной.

Административные дела, рассматриваемые по новому кодексу, следующие⁵:

1) об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части об оспаривании актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами⁶;

2) об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, иных государственных органов, органов военного управления, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих;

3) об оспаривании решений, действий (бездействия) некоммерческих организаций, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, в том числе саморегулируемых организаций;

4) об оспаривании решений, действий (бездействия) квалификационных коллегий судей;

5) об оспаривании решений, действий (бездействия) Высшей экзаменационной комиссии по приему квалификационного экзамена на должность судьи и экзаменационных комиссий субъектов федерации по приему квалификационного экзамена на должность судьи (далее — экзаменационные комиссии);

6) о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации;

7) о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок по делам, рассматриваемым судами общей юрисдикции, или права на исполнение судебного акта суда общей юрисдикции в разумный срок⁷.

Суды общей юрисдикции согласно КАС также рассматривают и разрешают подведомственные им административные дела, связанные с осуществлением обязательного судебного контроля за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, прав организаций при реализации отдельных административных властных требований к физическим лицам и организациям, в том числе административные дела:

⁵ Ч. 2 ст. 1 КАС РФ.

⁶ Введен Федеральным законом от 15.02.2016 N 18-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации в части установления порядка судебного рассмотрения дел об оспаривании отдельных актов» // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Ранее такие дела рассматривались в порядке искового производства по гл. 22.1 ГПК.

1) о приостановлении деятельности или ликвидации политической партии, ее регионального отделения или иного структурного подразделения, другого общественного объединения, религиозной и иной некоммерческой организации, а также о запрете деятельности общественного объединения или религиозной организации, не являющихся юридическими лицами, об исключении сведений о некоммерческой организации из государственного реестра;

2) о прекращении деятельности средств массовой информации; об ограничении доступа к аудиовизуальному сервису⁸;

3) о взыскании денежных сумм в счет уплаты установленных законом обязательных платежей и санкций с физических лиц;

4) дела, предусмотренные главой 28 КАС (депортация и реадмиссия);

5) об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений (далее — административные дела об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы);

6) о госпитализации гражданина в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, в недобровольном порядке, о продлении срока госпитализации гражданина в недобровольном порядке или о психиатрическом освидетельствовании гражданина в недобровольном порядке;

7) о госпитализации гражданина в медицинскую противотуберкулезную организацию в недобровольном порядке;

8) иные административные дела о госпитализации гражданина в медицинскую организацию непсихиатрического профиля в недобровольном порядке.

Положения КАС не распространяются на производство по делам об административных правонарушениях, а также по делам об обращении взыскания на средства бюджетов бюджетной системы России. Это связано с тем, что в делах о наложении административных взысканий и их обжаловании реализуется уголовно-правовой тип охранительных отношений (по мнению некоторых правоведов). Поэтому законодатель не соединил в рамках одного процесса деятельность суда по рассмотрению дел о наложении административных взысканий по КоАП и, к примеру, дел по оспариванию действий, актов, решений государственных органов и должностных лиц, где различия типов охранительных правоотношений требуют принципиально

⁸ Введен Федеральным законом от 01.05.2017 N 87-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

по-разному построенных процессов [Волчецкая Т.С. и др., 2003: 93–101]; [Едидин Б.А., 2004: 17–21].

КАС построен на основе правосудных и «управленческих» (охранительных) функций суда с возможностью рассмотрения им не только споров, но и требующих судебного участия бесспорных вопросов. Это будет широкая административная юстиция. Произошла дифференциация административного судопроизводства на исковое (спорное) и особое (бесспорное) с разработкой единого раздела с общими правилами для всех видов; подразделов с общими правилами для искового и особого производств; отдельных положений с особенностями рассмотрения каждой категории дел внутри искового и особого производств. При таком подходе особое производство в административном судопроизводстве будет составлять достаточно весомую часть кодекса, так как большинство сегодняшних дел особого производства в гражданском процессе с материально-правовой точки зрения включают в себя «административный элемент».

Помимо заимствований норм из АПК и ГПК в КАС содержатся положения, которые предлагается установить впервые. Например, для инициирования судебного разбирательства по правилам КАС необходимо будет обращаться в суд с административным исковым заявлением (в настоящее время в процессуальном законодательстве существуют лишь такие институты, как «исковое заявление» и «заявление»). Также впервые на законодательном уровне будет закреплена норма, позволяющая направлять лицу, участвующему в деле, судебные извещения и вызовы посредством СМС-сообщений либо по электронной почте, если у суда имеется расписка от такого лица с указанием телефона или адреса электронной почты⁹.

2. Административное судопроизводство

Практика показывает, что в административном судопроизводстве (в рамках действующих нормативных правовых актов и с учетом вступившего в силу КАС) в судах существует достаточное количество дискуссионных вопросов, требующих скорейшего разрешения [Панов А.Б., 2013. С. 24–25]. Например, это следующие вопросы.

1) Подведомственность. Подведомственность — необходимая (неотъемлемая) часть компетенции, которая связывает две стороны правоотношений: ту, которая решает, и ту, которая является зависимой. Подведомственность определяет объекты, на которые распространяется власть субъектов, наделенных властными полномочиями.

⁹ Ч. 1 ст. 96 КАС РФ.

В настоящее время содержательная сторона комплекса проблем определения и разграничения подведомственности качественно изменилась и последовательно трансформировалась в основном в проблемы определения и разграничения видовой подведомственности. Отсюда в свою очередь произошли проблемы определения и разграничения подсудности споров и иных юридических дел. После слияния двух высших судов появился ряд новых проблем подведомственности [Гаджиев Г., 2005: 163–167]; [Громошина Н.А., 2013: 47–57]; [Дерновой В.Б., 2005: 2–11].

Первая проблема в деятельности Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС) заключается в том, что административные дела с участием хозяйствующих субъектов (юридических лиц) одновременно рассматривают две коллегии: Экономическая и Административная.

Рассмотрение дел из публичных правоотношений предполагает особый уровень подготовки судей, поскольку такие дела, как правило, находятся на стыке частного и публичного права. Например, исходя из практики ВС, можно выделить дела: спор с казначейством¹⁰, таможенное дело¹¹, антимонопольное дело¹², спор с органом контроля за оборотом наркотиков ФСКН¹³, налоговое дело¹⁴. При этом субъектный состав везде — юридические лица. Вышеназванные дела рассматривались судьей, Административной коллегии ВС и везде было отказано заявителю. В споре Роспотребнадзора с продуктовым магазином (хозяйствующим субъектом) дело рассматривалось Административной коллегией¹⁵. В то же время такие же споры рассматриваются и Экономической коллегией — антимонопольные, налоговые, таможенные. Положение, при котором категорию споров рассматривают две коллегии одновременно (т.е. идет дублирование), вызывает вопросы.

Споры об оспаривании нормативных правовых актов в ВС рассматривает Экономическая коллегия, например, спор между РЖД и ФАС¹⁶. При этом

¹⁰ Определение Верховного Суда № 305-КГ14-482 02.09.2014. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹¹ Определение Верховного Суда № 310-КГ14-716 02.09.2014. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹² Определение Верховного Суда № 309-КГ14-541 02.09.2014 Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹³ Определение Верховного Суда № 304-КГ14-271 03.09.2014. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹⁴ Определение Верховного Суда № 305-КГ14-991 02.09.2014. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹⁵ Определение Верховного Суда № 304-КГ14-1680 18.09.2014. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

¹⁶ Определение Верховного Суда № 305-КГ14-1681 01.10.2014 по делу N А40-27664/12-120-258. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 20.04.2020)

первоначально дело попало в Административную коллегия, но затем (без указания мотивов) было передано в Экономическую.

Таким образом, несмотря на унификацию, которая преследовалась при объединении судов, избежать разнообразия в толковании и применении норм права при рассмотрении административных дел пока не удастся.

Проблема вторая. Также до сих пор трудно было ответить на вопрос, какое правонарушение связано с предпринимательской деятельностью. Судьи ВС предложили такой критерий, как объект посягательства, охраняемый той или иной нормой КоАП. В постановлениях Пленума ВС отмечается, что административные составы в области пожарной безопасности, безопасности дорожного движения и т.д. охраняют именно эти отношения.

Оснований полагать, что правонарушение совершено лицом в связи с предпринимательской деятельностью, не имеется, говорится в постановлениях Пленума ВС [Старилов Ю.Н., 2013: 211–276]. По сути этот подход обозначает презумпцию: пока не доказано обратное, надо исходить из того, что правонарушение не связано с бизнесом. Доказать обратное почти невозможно. Ведь ясно, что все, что делает предприниматель, вытекает из его коммерческой деятельности. Если этого факта недостаточно, то дополнительные доводы привести трудно.

Даже споры об административных правонарушениях, пришедшие из арбитражных судов, Административная коллегия ВС рассматривает так, как это принято в отношении споров из судов общей юрисдикции, т.е. по правилам КоАП и без системы состязательного процесса, предусмотренной в АПК. Для этого была подготовлена нормативная база, ускользнувшая от общего внимания при обсуждении изменений в процессуальные законы. АПК гласит, что в ВС судебные акты по делам об административных правонарушениях обжалуются в порядке, предусмотренном КоАП¹⁷. КоАП позволяет такие дела рассматривать судьей единолично, притом по поручению председателя ВС или его заместителя¹⁸. Получается, что в арбитражном процессе теперь две «вторые кассации»: одна сложная и с тремя судьями, а другая — простая и с одним судьей. С учетом изменения подведомственности с процедурными особенностями КоАП предпринимателям придется сталкиваться все чаще.

Необходимо подчеркнуть, что разграничение подведомственности — непременное и обязательное условие правосудия. Случаи, при которых дела рассматриваются одновременно судами общей юрисдикции и специализированными судами, или двумя коллегиями одного суда — недопустимы. Также плохо, когда заявления не принимаются ни в одном суде. Лица фактически лишаются права на судебную защиту.

¹⁷ Ч. 5.1 ст. 211 КоАП РФ.

¹⁸ Ч. 4.1 ст. 30.13 КоАП РФ.

2) Оспаривание нормативных правовых актов. Отсутствие в действующем законодательстве единого общепризнанного определения понятия «нормативный правовой акт» порождает споры как в юридической науке, так и в судебной практике. К сожалению, в законе нет понятия нормативного правового акта. Отсутствие определения этого понятия отразилось на ситуации, сложившейся в судебной практике по оспариванию нормативных актов, поскольку отказ в судебной защите права основывается на выводе о не нормативности того или иного правового акта.

Разнобой не только нарушает единообразие в правоприменительной деятельности, но и влияет на пределы судебной защиты прав граждан (других невластных субъектов — индивидуальных предпринимателей, предприятий, учреждений, организаций) от незаконных нормативных правовых актов. Необходимо определиться с понятием нормативного правового акта.

Часто встречаются ссылки на постановление Государственной Думы, в котором даются определения нормативного правового акта и правовой нормы: «Нормативный правовой акт — это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм. В свою очередь, под правовой нормой принято понимать общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение»¹⁹.

ВС под нормативным правовым актом понимает «изданный в установленном порядке акт уполномоченного на то органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение, действующие независимо от того, возникли или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом»²⁰. Аналогичное определение нормативного правового акта содержится и в Указе Президента Российской Федерации²¹. В юридической литературе появилась справедливая критика такого признака нормативного акта, как «установление правила поведения» [Бурков А.Л., 2003: 62–68].

Пленум ВС²² заменил формулировку «устанавливающий правовые нормы» на «наличие правовых норм» и назвал следующие признаки норма-

¹⁹ Постановление Государственной Думы от 11.11.1996 N 781-П ГД «Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Постановление Пленума ВС от 25.05.2000 № 19 «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Указ Президента РФ от 09.03. 2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» // СПС КонсультантПлюс.

²² Постановление Пленума ВС от 29.11.2007 № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» // СПС КонсультантПлюс.

тивного правового акта: 1) издание в установленном порядке управомоченными субъектами публичной власти (органом государственной власти, органом местного самоуправления или должностным лицом); 2) наличие в нем правовых норм (правил поведения); 3) обязательность для неопределенного круга лиц; 4) рассчитанность на неоднократное применение; 5) направленность на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений.

Представляется, что нормативный правовой акт — это (1) письменный официальный документ, (2) принятый в определенной форме субъектом правотворчества; (3) направленный на установление, изменение, введение в действие или отмену правовых норм как общеобязательных предписаний постоянного или временного характера; (3) рассчитанный на многократное применение.

Отметим еще практическую проблему, заключающуюся в том, что Экономическая коллегия ВС, рассматривая в порядке нормоконтроля административные дела, не учитывала до 2019 г. имеющуюся по данному вопросу практику ВС (в том числе Пленума ВС).

Важным событием правоприменительной деятельности является появление в КАС термина «акты, содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами». Это послужит достойным выходом из ситуации, при которой отдельный законодательный документ о нормативно правовых актах отсутствует.

3) Оспаривание ненормативных правовых актов. Нет в законодательстве и понятия ненормативного правового акта. Исполнительная власть имеет обширные полномочия, которые строятся на трех позициях: деньгах, оружии и административном усмотрении. Административное усмотрение всегда занимало большое место в правоприменительной деятельности органов исполнительной власти, но оно не должно совпадать с судебным усмотрением. В административно-правоприменительной деятельности много актов. Все ли акты администрации подконтрольны суду? Например, промежуточные акты, ряд предписаний, представлений органов исполнительной власти. Прежде всего речь идет о природе актов администрации, в связи с чем необходимо включить в КАС понятие «ненормативный правовой акт».

Практика рассмотрения дел показывает, что многие акты по своей природе имеют смешанный характер, например, проблемы оспаривания актов по утверждению результатов определения кадастровой стоимости. Трудность заключается в определении природы акта, которым утверждены результаты определения кадастровой стоимости²³: с одной стороны, этими актами

²³ Ст. 24.17 Федерального закона от 29.07.1998 N 135-ФЗ (ред. от 18.03.2020) «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

должен утверждаться только средний уровень кадастровой стоимости по муниципальному району²⁴, с другой стороны — эти акты содержат сведения о стоимости конкретного объекта недвижимости, а также сведения о кадастровой стоимости и удельных показателях кадастровой стоимости²⁵. Получается, что акт субъекта федерации об утверждении результатов определения кадастровой стоимости в части утверждения удельных показателей и среднего уровня кадастровой стоимости является нормативным²⁶, а в части утверждения кадастровой стоимости конкретных объектов недвижимости — ненормативным, т.е. носит смешанный характер.

Следовательно, оспаривать удельные показатели и средние значения кадастровой стоимости нужно по правилам оспаривания нормативных правовых актов, а оспаривание кадастровой стоимости объектов недвижимости должно осуществляться по правилам об оспаривании ненормативных правовых актов.

Правила гражданского судопроизводства не дают возможности суду указать в резолютивной части решения об оспаривании нормативного правового акта на те действия, которые следует совершить органам публичной власти в целях устранения допущенного нарушения. Это может быть аргументом в пользу изменения официального подхода к природе актов об утверждении кадастровой стоимости и необходимости рассмотрения подобных споров по правилам административного судопроизводства.

Спорным остается и вопрос о правовой природе такого документа, как «представление», вынесенное административным органом, например, «представление о ненадлежащем исполнении бюджета», выносимое Федеральной службой финансово-бюджетного надзора.

Законодатель указал в нормах Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК) в качестве функции вышеуказанного надзорного органа контроль за использованием средств федерального бюджета и средств федеральных внебюджетных фондов, включая использование предоставляемых из указанных бюджетов субвенций, межбюджетных субсидий, иных субсидий и бюджетных кредитов. Руководителю Росфиннадзора предоставляется право по результатам ревизии (проверки) направлять в проверенные организации, их вышестоящие органы обязательные для рассмотрения пред-

²⁴ Часть 2 статьи 66 ЗК РФ.

²⁵ Статья 24.17 Федерального закона от 29.07.1998 N 135-ФЗ (ред. от 18.03.2020) «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ Пункт 7 «Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2008 года» (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 28.05.2008; ред. от 10.10.2012) // СПС КонсультантПлюс.

ставления или обязательные к исполнению предписания по устранению выявленных нарушений²⁷.

Представление руководителей Федеральной службы финансово-бюджетного надзора и ее территориальных органов о ненадлежащем исполнении бюджетного процесса отнесено к мерам принуждения за нарушение бюджетного законодательства²⁸ — такого мнения придерживаются арбитражные суды некоторых округов. Однако нельзя согласиться с подобной позицией хотя бы потому, что в БК содержится исчерпывающий перечень мер принуждения за нарушения бюджетного законодательства, в числе которых не содержится такой меры, как вынесение представления о ненадлежащем исполнении бюджета [Радченко В., 2004: 2–5].

Кроме того, трудно назвать спорное представление ненормативным актом, поскольку вынесение представления Росфиннадзором по результатам ревизий (за исключением представлений с требованием о возмещении средств) адресовано проверенной организации, и лишь предлагает принять меры по недопущению в дальнейшем совершения указанных нарушений бюджетного законодательства. Спорное представление, в отличие от предписания, обязательно для рассмотрения учреждением.

Данное представление не носит властно-распорядительного характера, а лишь отражает сведения о нецелевом использовании последним средств федерального бюджета, носит информационный и разъяснительный характер и, следовательно, не влечет никаких правовых последствий. Данный документ не является окончательным по решению вопроса, поэтому не может быть самостоятельным предметом спора в арбитражном суде. Кроме того, поскольку обжалуемое представление не содержит каких-либо властных предписаний комитету, оно не нарушает прав и законных интересов поднадзорного органа [Зеленцов А.Б., 2015: 39–46]; [Николаева Л.А., Соловьева А.К., 2004: 111].

Таким образом, ряд вопросов административного судопроизводства нуждается в детальной регламентации, что послужит важнейшей процессуальной гарантией защиты прав граждан.

²⁷ П. 5.14.3. Положения о Федеральной службе финансово-бюджетного надзора, утвержденном Постановлением Правительства Российской Федерации от 15.06.2004 N 278, а также п. 122 Административного регламента исполнения Федеральной службой финансово-бюджетного надзора государственной функции по осуществлению контроля и надзора за соблюдением законодательства Российской Федерации в финансово-бюджетной сфере при использовании средств федерального бюджета, средств государственных внебюджетных фондов, а также материальных ценностей, находящихся в федеральной собственности, утвержденного Приказом Министерства финансов от 04.09. 2007 № 75-н.

²⁸ Ст. 284 БК РФ.

3. Административная процедура рассмотрения административных дел

3.1. Административный порядок возмещения убытков невластным субъектам по административным делам

Внесудебный порядок возмещения убытков по административным делам оказывает существенную помощь в защите прав потерпевшего, гарантирует возмещение и даже отсутствие убытков, а также позволяет избежать долгого судебного разбирательства и последующего не менее долгого, сложного и порой существенно затратного процесса исполнения судебного решения [Лазаревский Н., 1905: 205]. Данный порядок позволит избежать будущих споров и сформировать четкое понимание уровня и размера ответственности при причинении убытков по административным делам. Это в значительной мере дисциплинирует субъектов административного правоотношения.

В законодательство следует ввести правило, в соответствии с которым нарушать права невластных субъектов со стороны должностных лиц было бы невыгодно. Устранению несовершенства законодательства в сфере обжалования способствовало бы принятие федерального закона «Об общих принципах и порядке реализации права на возмещение вреда государством», регулирующего общие принципы реализации права на возмещение вреда государством. Концепция такого закона может быть разработана на основе правовых позиций высших судов Российской Федерации.

Кроме того, возможно рассмотреть целесообразность введения ранее действовавшего в соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР²⁹ порядка предоставления в некоторых строго ограниченных случаях возможности внесудебного порядка возмещения убытков. Например, когда подлежит возмещению только реальный ущерб и имеется вступившее в законную силу судебное решение, подтверждающее факт незаконных действий государственных органов и их должностных лиц.

Возможно ввести внесудебный (административный) порядок взыскания убытков при совершении административного правонарушения или причинении вреда незаконными действиями должностных лиц (органов), установить предельный размер суммы взыскания — 100 тыс. руб., ввести в КоАП статью, согласно которой убытки в порядке меры административно восста-

²⁹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 18.05.1981 «О возмещении ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей» (утв. Законом СССР от 24.06.1981) (вместе с «Положением о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда») // СПС КонсультантПлюс.

новительной могли быть взысканы одновременно с рассмотрением вопроса об административной ответственности.

Целесообразно дополнить ст. 4.21 КоАП «Досудебное возмещение убытков» положением:

«Если в результате совершения административного правонарушения гражданину, предпринимателю, учреждению или организации был причинен имущественный вред, то потерпевшая сторона имеет право на возмещение убытков в досудебном порядке в случае, если сумма имущественного ущерба не превышает 100 тысяч рублей.

Досудебное рассмотрение производится органом исполнительной власти Российской Федерации — управлением Федеральной антимонопольной службы.

В других случаях вопрос о возмещении имущественного ущерба, причиненного административным правонарушением, решается по общим правилам гражданского судопроизводства с соблюдением соответствующей подсудности».

Досудебное рассмотрение производит управление Федеральной антимонопольной службы. В других случаях вопрос о возмещении имущественного ущерба, причиненного административным правонарушением, решается по общим правилам гражданского судопроизводства с соблюдением соответствующей подсудности». Кроме того, целесообразно дополнить КАС следующим положением: «Граждане вправе подавать в суд заявления о возмещении вреда или убытков, причиненных незаконными действиями административных органов, в случае письменного отказа соблюдения досудебного порядка урегулирования споров со стороны должностного лица».

Также следует дополнить КАС абзацем: «В случаях, установленных законом, при рассмотрении жалобы о возмещении убытков (вреда), причиненного незаконными действиями (бездействием) должностного лица, суду необходимо учитывать обязанность соблюдения досудебного порядка рассмотрения вопроса о возмещении убытков (вреда) в пределах до 100 тыс. руб.». Целесообразно также установить правило, по которому за противоправное поведение должностного лица (которое в административном порядке не возместило убытков) несет ответственность в суде орган или вышестоящее должностное лицо. В соответствии с этим следует дополнить КАС абзацем: «Если должностное лицо, которое по закону обязано возместить убытки в административном порядке, не возместило данные убытки (вред), причиненный незаконными действиями (бездействием) такого лица и (или) уклоняется от явки в суд, то обязанность такого возмещения в порядке подчиненности переходит к вышестоящему должностному лицу».

Также возможно в соответствующих статьях АПК, ГПК и КАС закрепить следующую норму: «Если соответствующий субъект в административном

порядке добровольно не уплачивает убытки, причиненные незаконными действиями (бездействием) должностных лиц, сумма, взыскиваемая через суд, может быть увеличена».

Иными словами, законодательство должно стимулировать возмещение вреда в административном порядке в противовес большим финансовым затратам в судах.

3.2. Создание особого административного органа по рассмотрению административных дел

Реформа административного судопроизводства невозможна без параллельного реформирования административного порядка рассмотрения дел, который бы мог освободить суд: а) от не свойственной ему карательной функции по привлечению к административной ответственности; б) от мелких дел. Потребность в общегосударственном контроле в таком государстве, как Россия с ее обширными территориями, очевидна, так как это: 1) позволит объективно, бесплатно, оперативно защитить права и законные интересы невластного субъекта; 2) повысит авторитет публичных органов исполнительной власти; 3) разгрузит суды, освободит от несвойственной им функции и не допустит нарушения принципа разделения ветвей власти, которое сейчас имеется при рассмотрении ряда административных дел судами.

В России не создавались специальные административно-юрисдикционные органы, которые рассматривали бы общую административную жалобу за рамками ведомственного интереса. Таким органом может стать Федеральная административная служба (Административная палата). Административная палата могла бы выполнять три основные функции при рассмотрении дел, возникающих из административных правоотношений.

Во-первых, это рассмотрение общей административной жалобы.

Во-вторых, это привлечение к административной ответственности физических и юридических лиц по составам дел об административных правонарушениях, указанных в КоАП³⁰ и относящихся в настоящее время к подведомственности мировых судей, судов общей юрисдикции и арбитражных судов (административная внесудебная процедура). Обжалование данных постановлений об административном правонарушении будет возможно только в судебном порядке.

В-третьих, это пересмотр постановлений по делам об административных правонарушениях по всем категориям дел независимо от субъектного состава (административная досудебная процедура). При этом в администра-

³⁰ Ст. 23.1 КоАП РФ.

тивном законодательстве следует установить процедуру, при которой по определенным категориям дел об административных правонарушениях административная досудебная процедура могла быть обязательной.

Заключение

Создание подобного органа, входящего в систему органов исполнительной власти, позволит деполитизировать процесс рассмотрения споров, повысить профессионализм и оперативность при рассмотрении дел об административных правонарушениях; способствовать понижению бюрократизма и коррупции в органах исполнительной власти; уменьшить издержки рассмотрения административных дел физических и юридических лиц. Такая реализация законных прав граждан и юридических лиц разгрузит суды, что позволит сэкономить бюджетные средства и повысит качество правосудия, а также не допустит нарушения принципа разделения ветвей власти, которое сейчас имеется при рассмотрении ряда административных дел судами.

При этом административная процедура рассмотрения административных дел не должна повторять судебное рассмотрение, а должна, напротив, быть предельно простой, открытой и что весьма важно — бесплатной для невластных субъектов (граждан и коллективных субъектов).



Библиография

- Бахрах Д.Н. Административно-процессуальная деятельность государственной администрации // Административное право и процесс. 2009. № 3. С. 2–6.
- Бахрах Д.Н. Административное судопроизводство, административная юстиция и административный процесс // Государство и право. 2005. № 2. С. 19–25.
- Бурков А.Л. К вопросу об отраслевой принадлежности института административной юстиции // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 62–68.
- Волчецкая Т.С. и др. Становление административной юстиции в Российской Федерации и Литовской Республике // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 93–101.
- Гаджиев Г. Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С. 163–167.
- Громошина Н.А. Кодекс административного судопроизводства: оценка перспектив // Вестник гражданского процесса. 2013. № 3. С. 47–57.
- Дерновой В.Б. Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации // Российская юстиция. 2005. № 4. С. 2–11.
- Едидин Б.А. Формирование административной юстиции в России: некоторые вопросы теории и практики // Российский судья. 2004. № 11. С. 17–21.
- Зеленцов А.Б. Административное судебное право: концептуальные проблемы формирования // Административное право и процесс. 2015. № 2. С. 39–46.

Зеленцов А.Б. Административно-правовой спор: вопросы теории: Монография. М.: РУДН, 2005. 732 с.

Зеленцов А.Б., Радченко В.И. Административная юстиция в России (история и современность). М.: Рос. акад. правосудия, 2001. 119 с.

Лазаревский Н. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами: Догматическое исследование. СПб.: Слово, 1905. 712 с.

Николаева Л.А., Соловьева А.К. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 332 с.

Панов А.Б. Административная ответственность юридических лиц. М.: Норма, 2013. 192 с.

Радченко В.И. Административные суды призваны защитить человека от произвола недобросовестных чиновников // Российская юстиция. 2004. № 3. С. 2–5.

Старилов Ю.Н. От административной юстиции к административному судопроизводству / Административное судопроизводство в Российской Федерации: развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства. Вып. 7. Воронеж: Изд-во Воронежск. гос. ун-та, 2013. С. 211–276.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

The Administrative Justice



Inna Panova

Professor, Department of Public Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: ipanova@hse.ru



Abstract

The analysis presented in the article features as to the development of modern legislation, legal practice, contributes to studying the urgent issues of administrative and judicial reforms, shows a number of significant terms in question, in particular legal process as a whole, administrative process, administrative justice), touches upon various issues of judging administrative case judicially or extra judicially. A special attention is drawn to the new Code of administrative procedure of the Russian Federation and its coordination with other procedural laws. The article raises the problem of the jurisdiction of administrative cases to several collegiums of the Supreme Court of the Russian Federation, which leads to various outcomes of similar disputes. The paper assesses critically the general jurisdiction approach of courts to judging the cases associated with entrepreneurship. It reveals the drawbacks in performing the control over norms on administrative cases. A significant attention is given to prejudicial recovery of losses. To ensure the efficiency of the institute of general administrative claim and administrative protection of the rights of citizens, the paper suggests the possibility to create a special centralized body within the system of Russian executive power to judge administrative cases, which would be able to make administrative power less bureaucratized one and to allow courts avoid the execution of punishment. The article proves the necessity to create an additional administrative body that will allow protecting the rights and legal interests of citizens and

public bodies of executive power and will not allow the breach of the separation of powers principle.



Keywords

administrative reform, administrative procedure, process, administrative cases, Code of administrative procedure, compensation of losses.

For citation: Panova I. V. (2020) *The Administrative Justice*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 211–229 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.211.229



References

Bakhrakh D.N. (2009) Administrative procedural activity of state administration. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 3, pp. 2–6 (in Russian)

Bakhrakh D.N. (2005) Administrative procedure, administrative justice. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 19–25 (in Russian)

Burkov A.L. (2003) Re the branch for the institute of administrative justice. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 62–68 (in Russian)

Dernovoy V.B. (2005) The development of administrative justice in the Russian Federation. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 4, pp. 2–11 (in Russian)

Edidin B.A. (2004) The formation of administrative justice in Russia. *Rossiyskiy sud'ya*, no 11, pp. 17–21 (in Russian)

Gadzhiev G. (2005) Constitutional and legal framework for a system of administrative courts in the Russian Federation. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 3, pp. 163–167 (in Russian)

Gromoshina N.A. (2013) Administrative code: outlook. *Vestnik grazhdanskogo protsessa*, no 3, pp. 47–57 (in Russian)

Lazarevskiy N. (1905) *Liability for the damages caused by officials*. Saint Petersburg: Slovo, 712 p. (in Russian)

Nikolaeva L.A., Solovyova A.K. (2004) *Administrative justice and administrative procedure abroad and in Russia*. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 332 p. (in Russian)

Panov A.B. (2013) *Administrative liability of legal persons*. Moscow: Norma, 192 p. (in Russian)

Radchenko V. (2004) Administrative courts should protect a person against dishonest officials. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 3, pp. 2–5 (in Russian)

Starilov Yu.N. (2013) From administrative justice towards administrative protsess. *Administrativnoe sudoproizvodstvo v Rossii*, no 7, pp. 211–276 (in Russian)

Volchetskaya T.S. et al. (2003) The origins of the administrative justice in Russia and Lithuania. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 93–101 (in Russian)

Zelentsov A.B. (2015) Administrative judicial law: concepts of formation. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 2, pp. 39–46 (in Russian)

Zelentsov A.B. (2005) *Administrative law dispute*. Moscow: RUDN, 732 p. (in Russian)

Zelentsov A.B., Radchenko V.I. (2001) *Administrative justice in Russia*. Moscow: RAP Press, 119 p. (in Russian)

Киберпространство и методология международного частного права



М.В. Мажорина

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: mvmazhorina@msal.ru



Аннотация

Можем ли мы урегулировать значительный сегмент трансграничных отношений, возникающих в киберпространстве, имеющимся правовым инструментарием или целесообразно говорить о формировании нового нормативного массива киберправа? Целью настоящей статьи является попытка дать ответ на этот вопрос через призму механизма регулирования трансграничных частноправовых отношений, выступающих предметом международного частного права. В силу природы и сложности «иностранным элементом» трансграничные частноправовые отношения с точки зрения их регулирования максимально приближены к тем, что возникают в связи с масштабированием киберпространства. Методология международного частного права в течение многих веков адаптировалась к регулированию трансграничных отношений, выработав целый ряд механизмов, которые обладают высокой степенью гибкости и способны эффективно отвечать на вызовы современного социума. Киберпространство, будучи новой средой существования сетевого общества, актуализирует старые проблемы, важнейшими из которых являются конфликт юрисдикций и коллизия права. Пути их решения эволюционируют как в направлении адаптации традиционных регуляторных моделей, так и путем поиска и выработки новых, некоторые из которых исследуются в работе. В работе утверждается, что концепция киберправа как автономной правовой системы, регулирующей общественные отношения, складывающиеся в киберпространстве, несостоятелен, так как природа последних не трансформируется. Однако право нуждается в осмыслении киберпространства и в формировании адекватных ответов на новые формы объективирования трансграничных частноправовых отношений. Так, в сфере определения юрисдикции интересны теоретические концепты и соответствующая им правоприменительная практика: тест эффектов Колдера, таргетинг-тест и пр. В области коллизионного регулирования происходит смещение от локализации правоотношения на основе привязок типа *lex loci* к гибкому коллизионному регулированию на основе закона наиболее тесной связи и даже, что спорно, к космополитическому подходу выбора применимого права П. Бермана. Киберпространство осовременивает также концепцию *lex mercatoria*, которая приобретает новое звучание. Все это в значительной степени обогащает современную доктрину и практику международного частного права.



Ключевые слова

сеть, киберпространство, киберправо, международное частное право, *lex mercatoria*, e-merchant, конфликт юрисдикций, выбор права, коллизионные нормы, таргетинг.

Благодарности: Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 — Трансформация права в условиях развития цифровых технологий).

Для цитирования: Мажорина М.В. Киберпространство и методология международного частного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 230–253.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.230.253

Введение

Идея Д. Голдсмита, профессора Гарвардской школы права, как ключ к головоломке, как знание в некотором смысле тайное, понятное преимущественно «вольным коллизιονистам», адептам международного частного права (далее — МЧП). МЧП как отрасль права и в особенности как наука остается «юридическим масонством» и вовсе не в силу закрытости, но ввиду уникальной методологии, оригинального категориального аппарата и целого ряда институтов, отсутствующих в большинстве отраслей права.

Д. Голдсмит определяет актуальное значение коллизийного права, характеризуя последнее через констатацию двух крайне важных и показательных тенденций: расширение транснациональной деятельности и сохранение децентрализованного правотворчества. Первая — суть проявление глобализации, выстраивания сетевого информационного общества со все большим перемещением коммуникативных процессов в сферу киберпространства. Вторая — подстройка правовой архитектуры под новую социальную реальность не через призму концептов «глобального правительства», «глобального управления» и «глобального права», а в логике государство-центрированного мира [Goldsmith J., 1999: 26].

Во взаимосвязи этих двух тенденций и «защит» современный парадокс. С одной стороны, антропологи утверждают, что мы все в большей степени живем в «глобальной культурной ойкумене», т.е. в обитаемой части планеты, в которой все сильнее игнорируются паттерны локальной «принадлежности», и самоидентификация субъекта все в меньшей степени детерминирована пространством: «притупляются» чувство места или территориальное самосознание, культурная и национальная идентичности, лингвистическая зависимость. Это любопытнейшим образом влияет на право, например, так «не исключено, что психическое бремя иностранной юрисдикции является менее значимым сегодня из-за нашего возросшего контакта с зарубежными государствами» [Berman P., 2002: 423–424].

С другой стороны, мы живем в парадигме государство-центрированного мира при сохранении правовой территориальности, локальности и фрагментации правового ландшафта. И перед лицом вторгающейся глобальной экономической системы мы можем чувствовать потребность еще крепче уцепиться за локализм [Giddens A., 1990: 65].

По мнению американского социолога М. Кастельса, мир выстраивается в логике пространства потоков, а люди пытаются продолжать жить в пространствах мест [Castells M., 2009]. Перевод подобного социального тезиса на юридический язык и выполнен Д. Голдсмитом. Кроме того, им предложен способ разрешения парадокса — коллизионное право.

Не сводя МЧП исключительно к праву коллизионному и, тем самым, расширяя возможности первого, не можем не согласиться с Д. Голдсмитом. С одной стороны, «международное частное право — право коллизий суверенитетов. Подчинение законам какого-либо государства означает признание его суверенитета» [Иссад М., 1989: 59]. С другой стороны, предметом регулирования МЧП выступают трансграничные частноправовые отношения, которые, собственно, и находятся сегодня в авангарде глобализационных и информационных изменений. Мы убеждены, что сетевое общество, детерминированное киберпространством — начало «золотого века» МЧП, так как последнее обладает необходимой и уже сформировавшейся методологией, способной ответить на вызовы современности.

1. Киберпространство как «новая площадка для старых игр»: право государств vs. киберправо

Сеть есть паттерн социальных отношений. Сетевое общество характеризуется тем, что оно развивается в условиях киберпространства и развития информационных технологий. Киберпространство — одна из сред, где выстраиваются социальные сети. Как замечает Р. Эйкер, киберпространство приняло многие характеристики физического места: миллионы пользователей, взаимодействующие в нем, имеют «адреса», оно развило особую культуру, его жаргон эволюционировал до уровня квазиязыка. Некоторые пользователи киберпространства заимствовали название реального местоположения, чтобы дублировать свое виртуальное место — «Cyberia». «Cyberia» произносится созвучно слову «Сибирь» на англ. языке [Acker R., 1996: 462]. Поскольку именно киберпространство идентифицирует современный модус сетевого общества, то исследование его воздействия на право вызывает интерес.

Американский ученый и практик Дж. Соммер выразил в свое время впечатляющую мысль: киберпространство есть восхитительная новая игровая площадка для старых игр [Sommer J., 2000: 1231]. Действительно, формирующееся киберпространство актуализирует многие проблемы, решения

которым так и не были найдены в контексте современной позитивистской правовой парадигмы.

В настоящее время существует уже колоссальное количество исследований, посвященных проблематике развития права в условиях киберпространства. Обратимся к двум полярным позициям, отчетливо демонстрирующим разную исследовательскую логику, которые нашли отражение в работах американских ученых: Д. Джонсона и Д. Поста, соучредителей Юридического института киберпространства, и Дж. Соммера.

Д. Джонсон и Д. Пост, которых именуют крестными отцами кибер-либертарианцев, являются яркими представителями направления, в рамках которого киберпространство понимается как феномен, обладающий собственной юрисдикцией, игнорирующий все территориальные факторы. Авторы постулируют следующие принципы киберпространства: оно не соотносится с территориальными границами государств; его надлежит понимать как особую среду, отделяемую юридически значимой границей от «реального мира», как транснациональное автономное сообщество или сообщества; оно неоднородно и фрагментировано; вход в киберпространство, идентифицируемый техническими средствами, является юридическим актом, служащим основанием для применения киберправа [Johnson D., Post D., 1996: 1367–1402].

Озвученные выше идеи соотносятся с квалификацией, которую еще в 1997 году дал киберпространству Верховный суд США в деле *Reno v. American civil liberties union*¹. Любопытно также мнение американского юриста Д. Менте, который метафорично рассматривает киберпространство как четвертый вид «международного пространства» после Антарктики, космического пространства и открытого моря [Menthe D., 1998: 69–103].

Киберправо понимается как совершенно уникальная и автономная система норм, созданных независимо от воли какого-либо государства в ходе саморегулирования [Post D., 1995], как совокупность правил, формулируемых пользователями киберпространства не на основе правовых норм государств, а на основе структуры или архитектуры программного обеспечения киберпространства [Reidenberg J., 2003: 213]. Эти нормы и правила гораздо более технологичные, чем традиционные правовые нормы. Встречаются также суждения о формировании обычного киберправа, в основе которой лежит широко известная в международном праве концепция правового обычая, а также «договорного» киберправа, формируемого на основании типовых законов и контрактов [Acker R., 1996: 462–466, Polanski P., 2007: 413 p].

¹ «Киберпространство» было определено как совокупность инструментов, создающих уникальную среду, расположенную вне какого-либо определенного географического места, но доступную для всех в любой точке мира с имеющимся доступом в Интернет». Дело *Reno v ACLU*, 117 S Ct 2329, 2334–35 (1997). Available at: <https://www.aclu.org/legal-document/supreme-court-decision-reno-v-aclu-et-al> (дата обращения: 05.01.2019)

У. Чик, доцент Сингапурского университета менеджмента, вводит понятие «обычного Интернетного права», призванное заполнять пробелы в регулировании новых практик и технологий, а также служить средством толкования писаного права [Chik W., 2010: 3–22]. Р. Эйкер, рассуждая о киберправе, ставит вопрос о необходимости формирования киберсудов, сравнивая последние с международными коммерческими арбитражами в части применения механизма принудительного исполнения их решений через систему государственного правосудия [Acker R., 1996: 466–467].

Дж. Соммер, полемизируя со коллегами, оспаривает утверждение последних, что киберпространство не нуждается в государственном вмешательстве. Сравнивая киберпространство со множеством издавна существующих добровольных и самоуправляющихся сообществ (религиозные общины, частные ассоциации, корпорации, торговые сообщества, международное банковское сообщество и пр.), автор считает, что все они черпают силу в государстве [Sommer J., 2000: 1145–1232]. Одним из ключевых соображений сторонников этого «исследовательского лагеря» является идея о том, что все отношения в киберпространстве вполне могут регулироваться в логике действующего права: никакого киберправа нет, и существование его не имело бы смысла, иначе стоило бы говорить о «праве великих географических открытий», «телеграфном праве», «спутниковом праве», «праве атомной энергии», «праве парового двигателя» и прочих искусственно смоделированных правовых суррогатах. Одним из противников киберправа является судья Апелляционного суда США Ф. Истербрук, для которого отсутствие киберправа так же очевидно, как и отсутствие «лошадиного права». Последнее есть для автора собирательный термин, применимый к разным курсам, в рамках преподавания которых скрещиваются воедино сферы, в которых люди не являются специалистами, что способствует развитию мультидисциплинарного дилетантизма. Автор призывает оставить технологии технократам, а право — профессорам права, так как правовой акцент на технологии не поможет сформировать право, технология же просто получит право, которое юристы создадут для нее [Easterbrook F., 1996: 207]. Аллегория Ф. Истербрука развивает профессор Кэмденской школы права Г. Ластовка, сравнивающий киберправо не с «лошадиным правом», но с пришедшим ему на смену «автомобильным правом». Г. Ластовка, в отличие от его предшественника, считает, что как автомобиль существенным образом преобразовал право ранее, так и киберпространство способно сформировать киберправо [Lastowka G., 2013: 3].

Киберпространство как актуальная форма экзистенции сетевого пространства обеспечивает реновацию старых споров, обостряет дискуссию и дает надежду на отыскание новых регуляторных моделей. К таким окончательно нерешенным проблемам, среди прочих, относят конфликт юрисдикций, проблему государственного суверенитета (перерастающего в проблему информацион-

ного суверенитета), коллизию право порядков и пр. Однако формируется ли под влиянием технологии самостоятельный круг общественных отношений, который можно выделить в особый предмет регулирования? Видится, что нет. Скорее речь может идти о выработке новой методологии регулирования уже известных общественных отношений, эволюционирующих под воздействием новых форм коммуникации в связи с развитием технологий.

2. Потенциал международного частного права в условиях формирования киберпространства

На наш взгляд, уникальность киберпространства несколько преувеличивается. По крайней мере, для специалистов в области МЧП нет откровения в том, что вред, причиненный гражданином страны А, может возникнуть в иной юрисдикции, будь то даже посредством сетевых технологий, ибо вред возникает не в виртуальном киберпространстве, а на территории государства В. Налицо трансграничный деликт. Аналогичным образом это может быть трансграничная сделка, в том числе заключенная посредством использования технологий (например, Blockchain), тогда мы имеем дело со смарт-контрактом. Все это суть трансграничные отношения, которые «выплескиваются» за пределы одного государства, но ускользают ли они из-под юрисдикции государства? Нет. Иными словами, технология не меняет природы отношений, она — лишь новый способ коммуникации субъектов, даже если это Интернет вещей. Встают вопросы, требующие аналитики, оценки, научного поиска, правовой фантазии, но это абсолютно не ново, а только обеспечивает юристов работой.

В области МЧП уже существуют инструменты, годящиеся для этой работы: коллизионные нормы, унификация и гармонизация, способы разрешения конфликта юрисдикций и даже *lex mercatoria*. Является взвешенной позиция Д. Голдсмита, который считает, что не стоит недооценивать потенциал традиционных правовых инструментов и технологий в решении проблем мультисудебного регулирования, связанных с киберпространством. Операции в киберпространстве по своей природе не требуют большего внимания со стороны национальных регуляторов и не менее восприимчивы к инструментам коллизионного права, как и трансграничные сделки [Goldsmith J., 1999: 2]. Все эти и другие (например, принцип экстерриториального действия права, доктрина международной вежливости, практика правовой помощи, концепция международного публичного порядка и пр.) правовые институты и концепты уже работают и, что еще более ценно, обладают значительным потенциалом и способностью к подстройке в условиях сетевой социальной и правовой парадигм.

Обратимся к отдельным ключевым проблемам, которые находятся в научной орбите МЧП, с целью демонстрации того, как методология МЧП применима к отношениям, возникающим, изменяющимся и прекращающимся в киберпространстве.

2.1. Конфликт юрисдикций

Существует огромное количество исследований, посвященных проблеме юрисдикции. Очень условно юрисдикцию понимают в широком и в узком смыслах. В широком смысле юрисдикция представляет собой сферу суверенной власти государства по законодательству, суду, управлению. В российской науке МЧП и международного гражданского процесса (далее — МГП) проблема конфликта юрисдикций занимает одно из центральных мест и преимущественно понимается в узком смысле как сводимая к проблемам судебной юрисдикции или подсудности. При этом в зарубежной науке концепты «конфликт юрисдикций» и «коллизия права»/«выбор права», как правило, созвучны, и выстраиваются в сходной логике, что говорит о том, что юрисдикция толкуется расширительно и как применимость национального права за пределами государства.

Конфликт юрисдикций, будучи сложной областью права, в некоторой степени «усугубляется» формированием киберпространства. По образному выражению Д. Соммера, информационные технологии — это лишь «морщинка на серьезной проблеме» [Sommer J., 2000: 1205]. П. Берман, профессор исследовательского университета Дж. Вашингтона, постулирует, что изменения политической и социальной концепции пространства формируют, по крайней мере, часть контекста для изменения понимания юрисдикции. И реальность такова, что юрисдикционные нормы всегда эволюционируют сообразно тому, как меняются социальные конструкции пространства, расстояния и общества [Berman P., 2002: 422]. Сложность юрисдикционных трюков при регулировании отношений киберпространства возрастает в связи с тем, что последствия тех или иных действий рассеиваются сразу по множеству юрисдикций.

В гражданском судопроизводстве мобильность частных субъектов задолго до распространения Интернета привела к эволюции оснований юрисдикции: от физического присутствия субъекта (или возможности вручения повестки ответчику) в сторону так называемого «виртуального» присутствия. Прецедентным решением в практике США в этой области стало решение по делу *International Shoe v. Washington*, в котором Верховный суд США расширил персональную юрисдикцию за физические границы своей территории, сформулировав правило «длинной руки» (long-arm statutes). В соответствии с этим правилом суды могут осуществлять юрисдикцию, основанием которой являются специфические («минимальные») контакты, т.е. правоотно-

шения, установленные между ответчиком и штатом, в котором предъявлен иск [Терентьева Л.В., 2010: 63–68].

Актуальна проблема юрисдикции в отношении «кибернавтов» (cybernavts) — своего рода «жителей» киберпространства. Камнем преткновения, отшлифовываемым судебной практикой и доктриной, являются критерии «минимальных контактов» «кибернавтов» с государством места расположения форума. Это могут быть критерии «материальной выгоды» от онлайн-деятельности в стране суда, «ориентированность или направленность» деятельности на государство страны суда, «доступность контента», размещенного «кибернавтом», гражданам страны суда и пр. Сложилась обширная судебная практика, демонстрирующая, что доступность контента/размещение веб-сайта в пределах государства могут быть достаточными действиями для обоснования юрисдикции².

Примечательно, что в 1997 году американский профессор права Д. Берк писал, что в Интернете невозможно блокировать запросы клиентов в зависимости от их географического местоположения, что исключает шансы интернет-хоста избежать контакта с определенной юрисдикцией, а также отсутствует техническая возможность блокировать доступ определенному по географическому местоположению кругу пользователей к контенту [Burk D., 1997]. Это было значимое для определения судебной юрисдикции замечание, так как оно объясняло, что поставщик контента не может контролировать географическое и сетевое распространение информации. В связи с этим оспаривалась возможность возложения ответственности за вредные последствия в тех или иных юрисдикциях ввиду отсутствия «разумной предсказуемости» у поставщика контента в отношении таких последствий. Такая логика отчасти использовалась компанией Yahoo! в громком деле LICRA et UEJF v. Yahoo! Inc.³. Д. Голдсмит ответил на эту дилемму следующим сравнением: застрахован ли производитель, который загрязняет окружающую среду в одном государстве от природоохранных законов других государств на том основании, что он не может предсказать, в какую сторону дует ветер, т.е. не обладает разумной предсказуемостью в отношении причиняемого вреда? [Goldsmith J., 1999: 35–36].

Однако технологии развиваются, и в настоящее время имеются технологические возможности контроля информационных потоков и управления

² См.: дело *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.* Available at: <https://cyber.harvard.edu/property00/jurisdiction/insetedit.html> (дата обращения: 12.01.2019); *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.* Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/947/1328/1453704/> (дата обращения: 12.01.2019)

³ *UEJF and Licra v Yahoo! Inc and Yahoo France.* Available at: https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/cybercrimetype/fra/2000/uejf_and_licra_v_yahoo_inc_and_yahoo_france.html (дата обращения: 10.01.2019)

ими, формирования политики доступа, создания требований к цифровой идентификации. Соответственно, технически возможная система фильтрации информационных потоков может оказаться юридически значимой для целей определения юрисдикции. Как замечает Д. Голдсмит, способность контролировать информационные потоки облегчает многие проблемы регулирования киберпространства. Небезынтересно сравнение, проводимое автором между издателем газеты и провайдером контента в киберпространстве. По мере падения дороговизны систем контроля информационных потоков контент-провайдеры займут ту же позицию, что и издатели газет. Это создаст возможность законодательно обязать провайдеров гарантировать, чтобы тот или иной контент не отображался в сетях, доступных в юрисдикциях, где такой контент вне закона [Goldsmith J., 1999: 26]. П. Берман идет дальше, прогнозируя, что как только технология географического отслеживания станет более точной и широко используемой, нетрудно будет представить виртуальный мир цифровых паспортов, позволяющий идентифицировать пользователей, заходящих на веб-сайт, а затем предлагать контент, установленный для членов этого географического сообщества. Однако, сетует автор, эти меры все равно не способны привести к окончательному решению юрисдикционной головоломки [Berman P., 2002: 380–381].

Российское арбитражно-процессуальное законодательство «отреагировало» на формирование киберпространства, предписав в ст. 247 Арбитражно-процессуального кодекса (АПК) компетенцию арбитражных судов в отношении споров, возникших из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации информационно-телекоммуникационных сетей «Интернет» на территории России. Еще более универсальный механизм расширения компетенции арбитражных судов в отношении трансграничных споров закреплен в пп. 10 п. 1 ст. 247 АПК, согласно которому российский суд компетентен и в других случаях при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией России⁴.

Вполне разумно опасение Л.В. Терентьевой, что столь широкое толкование юрисдикции на основании критериев «правила минимальных контактов» и «наличия тесной связи» в отношении споров в сети Интернет может вылиться в проблему мультиюрисдикции, когда в отношении одного дела будут признавать себя компетентными несколько судов. Суд может установить свою компетенцию в отношении любого субъекта, разместившего информацию в сети Интернет, к которой имеется доступ [Терентьева Л.В., 2010: 68]. В этом смысле интересно решение суда по делу *Zippo Manufacturing*

⁴ Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (с изм. от 25.12.2018) // СПС Гарант.

Co. v. Zippo Dot Com, Inc. Zippo, в котором была применена так называемая «скользящая шкала» к оценке контактов в Интернете для определения характера коммерческой деятельности, которую осуществляет юридическое лицо через Интернет. Суд оценивал «пассивный»⁵ и «активный»⁶ веб-сайт, оценив последний как критерий для персональной юрисдикции в любом месте, где есть доступ к такому сайту. Таким образом, возможность осуществления юрисдикции зависит от уровня интерактивности и коммерческого характера информационного взаимодействия, которое происходит посредством веб-сайта⁷. В указанном деле, положившем начало концепту «Zippo»-теста⁸, суд попытался наметить курс для анализа «минимальных контактов» в киберпространстве.

Иным примером поиска критериев ограничения юрисдикции в киберпространстве является тест «эффектов» Колдера (*effects test*), основанный первоначально на материалах дела *Calder v. Jones*, в котором юрисдикция может основываться на преднамеренности действий, прямо направленных на государство суда, и на причинении вреда, основная тяжесть которого возникла в государстве форума, о чем знал ответчик⁹.

Наконец, известен также «таргетинг-тест» (*targeting test*), сводимый в самом общем виде к определению целенаправленности деятельности субъекта в той или иной юрисдикции [Geist M., 2001: 1380–1404]. Механизм таргетирования позволяет ранжировать аудиторию, целенаправленно адресуя определенный контент только той ее части, которая удовлетворяет заданным критериям. Таргетинг-тест, соответственно, должен быть направлен на оценку намерений сторон и предпринимаемой ими деятельности в определенной юрисдикции. Так, в деле *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.* американский суд квалифицировал таргетинг как «нечто большее», чем необходимое при применении теста «эффектов». Это «нечто большее» было поименовано Верховным судом США как «экспресс-нацеливание» на государство

⁵ Веб-сайт, где ответчик разместил доступную всем заинтересованным лицам информацию, что, по мнению суда, при отсутствии дополнительных контактов с государством форума или его гражданами, не может считаться достаточным для установления юрисдикции.

⁶ Веб-сайт, посредством которого ответчик заключает договоры с резидентами иностранного государства.

⁷ *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/952/1119/1432344/> (дата обращения: 12.01.2019)

⁸ Данный способ оценки оснований к юрисдикции в деле *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc. Zippo* получил название в литературе «Zippo test».

⁹ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/> (дата обращения: 12.01.2019).

форума¹⁰. Одним из наиболее значимых дел, «укрепивших» таргетинг-тест в контексте определения юрисдикции, стало дело *American Information Corp. v. American Infometrics, Inc.*¹¹ Ссылка на таргетинг как основу осуществления юрисдикции также содержится в целом ряде международных документов¹².

Таргетинг, по мнению канадского ученого М. Гейста, заведующего кафедрой Интернет-права и права электронной торговли в университете Оттавы, — это лакмусовая бумажка для интернет-юрисдикции, и является только первым шагом в числе последовательных испытаний. Второй шаг заключается в определении критериев, используемых для оценки того, действительно ли веб-сайт ориентирован на конкретную юрисдикцию. Этот шаг является сложным, поскольку критерии должны соответствовать, по крайней мере, двум важным требованиям. Во-первых, критерии должны быть технологически нейтральными, чтобы они оставались актуальными даже по мере появления новых технологий. Это требование дисквалифицирует такие критерии, как язык или валюта веб-сайта, которые подвержены преобразованию в режиме реального времени с помощью новых технологий. Во-вторых, критерии должны быть нейтральными по содержанию, чтобы не было очевидного перекаса в пользу интересов какой-либо группы субъектов.

В настоящее время практике известны разные определяющие основания судебной юрисдикции подходы: «места происхождения товара», «места нахождения конечного потребителя/места территории распространения товара», «места нахождения сервера» и пр. Таргетинг-тест требует оценки того, чтобы выбор конкретной юрисдикции являлся предсказуемым или прогнозируемым, что зависит, как пишет М. Гейст, от трехфакторной проверки на основании контракта, технологии и фактической или подразумеваемой осведомленности. Что касается контракта, то речь идет о пользовательских соглашениях, размещаемых на веб-сайтах, в которых содержатся юрисдикционные оговорки [Geist M., 2001: 1384-1385]. Здесь, однако, интересна практика оценки действительности арбитражных или пророгационных оговорок

¹⁰ *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1294391.html> (дата обращения: 14.01.2019)

¹¹ *American Information Corp. v. American Infometrics, Inc.* 139 F. Supp. 2d 696 (D. Md. 2001). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/139/696/2410013/> (дата обращения: 14.01.2019)

¹² См.: OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce. Available at: <http://www.oecd.org/sti/consumer/oecdguidelinesforconsumerprotectioninthecontextofelectroniccommerce1999.htm> (дата обращения: 14.01.2019); A Summary of the American Bar Association's (ABA) Jurisdiction in Cyberspace Project: "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet". Available at: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/7-1_salis.pdf (дата обращения: 14.01.2019); American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project. Available at: <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0023/materials/js.pdf> (дата обращения: 14.01.2019)

в зависимости от типа сайтов, на которых размещаются содержащие их контракты: *browsewrap*¹³ и *clickwrap*¹⁴. Суд оценивает эти технологии, отвечая на вопрос: был ли потребитель должным образом уведомлен об условиях сделки¹⁵? Второй фактор, отмеченный М. Гейстом, — современные технологии, которые позволяют определять географическое положение пользователей, давая возможность владельцам веб-сайтов «направлять» свой контент на конкретные юрисдикции. Технологии географической идентификации могут быть сгруппированы, по крайней мере, в три группы: идентификация пользователя на основе IP-адреса; самоидентификация, которая часто происходит через сертификаты атрибутов; и оффлайн идентификация. Технологии допускают также осуществление действий «в обход юрисдикции» или «юрисдикционный обход» («*jurisdictional avoidance*») путем «детаргетинга» определенных юрисдикций. Третий фактор — фактическая или подразумеваемая осведомленность — является всеобъемлющим и включает в себя сведения о географическом положении потерпевших от правонарушения, выполнение заказов в оффлайн-режиме, финансовые посреднические от-

¹³ Означает пассивное согласие с условиями онлайн-контракта. На *browsewrap*-сайтах потребитель может совершить сделку без необходимости активными действиями выразить согласие с условиями договора. На *browsewrap*-сайтах обычно дается гиперссылка, кликнув на которую можно увидеть условия договора. В большинстве случаев арбитраж не применяется, когда условия о нем были указаны в документах, размещенных на *browsewrap*-сайте, за исключением случаев, когда будет установлено, что потребитель знал об арбитражной оговорке или обладает знаниями в этой области.

¹⁴ Означает активное принятие потребителем условий онлайн-контракта. *Clickwrap*-тип сайтов требует от потребителя кликнуть на поле, где указаны условия сделки до того, как она будет совершена. При размещении оговорки об онлайн-арбитраже на сайте *clickwrap*-типа, которые отображают условия контракта на том же экране, где находится кнопка «принять условия», соответствующие арбитражные соглашения, как правило, исполняются принудительно даже в тех случаях, когда потребитель фактически не читал условий контракта. См.: [Dasteel J., 2017: 1–20].

¹⁵ See: *Fagerstrom v. Amazon.com, Inc.*, 141 F. Supp. 3d 1051, 1069 (S.D. Cal. 2015). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/casdcce/3:2015cv00096/463876/25/> (дата обращения: 27.12.2018); *Van Tassel v. United Mktg. Group LLP*, 795 F. Supp. 2d 770, (N.D. Ill. 2011). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2010cv02675/242929/80/> (дата обращения: 27.12.2018); *Fteja v. Facebook, Inc.*, 841 F. Supp. 2d 829, 837 (S.D.N.Y. 2012). Available at: <https://ru.scribd.com/document/333755525/Fteja-v-Facebook> (дата обращения 27.12.2018); *Specht v. Netscape Commc'ns Corp.*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002960.html> (дата обращения: 28.12.2018); *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.* Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1675706.html> (дата обращения: 28.12.2018); *Kilgallen v. Network Solutions, Inc.* 99 F. Supp. 2d 125 (D. Mass. 2000). Available at: <https://casetext.com/case/kilgallen-v-network-solutions-inc> (дата обращения: 16.01.2019); *Ticketmaster v. Tickets.com*, No. CV 99-7654 HLH, 2000 WL 525390 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4518> (дата обращения: 10.01.2019). Интересно также дело *Mendoza v. AOL*, которое, будучи исключением из правила, тем не менее демонстрирует тренды в исследуемой области (*Mendoza v. America Online, Inc.*, No. 827047-2 (Cal. Super. Ct. Sept.25, 2000)).

четные документы, веб-трафик и пр., что находит отражение и в судебной практике. Все три фактора важны и должны оцениваться в совокупности. В некоторых случаях, однако, отдельные факторы могут не иметь значения, например, при подаче иска о диффамации, вероятно, достаточным для определения юрисдикции окажется фактор фактической или подразумеваемой осведомленности [Geist M., 2001: 1385, 1395–1401].

Применение таргетинг-теста к проблеме определения юрисдикции в отношении споров из отношений, возникающих в киберпространстве, может иметь положительный эффект применительно к обеим спорящим сторонам: компании-распространители контента могут минимизировать свои юридические риски путем нацеливания своей деятельности только на страны, где соответствующая деятельность легитимна; а потребители получают уверенность, что онлайн-компании в их «сегменте» Интернет-рынка не нарушают местное законодательство и права потребителей.

Критерий «направленности» деятельности на территорию страны потребителя нашел отражение в ст. 1212 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) как критерий квалификации оснований применения императивных норм права страны места жительства потребителя.

Таким образом, конфликт юрисдикций, порожденный трансграничностью спора или трансграничностью возникающих в ходе осуществления общественных отношений последствий, детерминированный киберпространством, актуализирует поиск критериев, легитимизирующих судебную юрисдикцию.

Схожие явления, сводимые к поиску адекватных критериев квалификации тех или иных юридически значимых фактов, мы можем наблюдать и в сфере материального права. Так, например, в международной коммерческой деятельности используется конструкция «коммерческое предприятие стороны» (place of business), которым оперируют международные конвенции, в первую очередь, Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980). Зачастую не закрепленная в национальном законодательстве, эта юридическая конструкция позволяет квалифицировать «международность» сделки и служит основанием применения соответствующей Конвенции. Если коммерческих предприятий несколько, согласно ст. 10 Конвенции принимается во внимание то, которое имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением. Налицо возможная дискреция правоприменительного органа и при квалификации термина «коммерческое предприятие стороны», и при разрешении иных связанных юридических казусов. Важным применительно к проблеме юрисдикции в киберпространстве в этой аналогии является «наиболее тесная связь» коммерческого предприятия со сделкой, которая определяется судом на основе его собственного

представления о характере последней. В этом смысле весь богатейший арсенал знаний о принципе наиболее тесной связи может быть использован применительно к проблеме определения юрисдикции в отношении правовых споров, возникающих в киберпространстве.

Несколько осложнить проблему судебной юрисдикции может стремление к «анонимизации» контрагентов, сделок, денежных расчетов, которая так популяризирует сегодня Blockchain-технология и подобные ей.

П. Берман предлагает «космополитическую плюралистическую концепцию юрисдикции», которая позволяет осмысливать юрисдикцию с точки зрения социальных взаимодействий, являющихся текучими процессами, а не неподвижными, застывшими в рамках границ, во времени и в пространстве. Автор доказывает, что юрисдикция должна определяться с учетом актуальной организации пространства, не сводимой к государственным границам, а также в контексте принадлежности субъекта к тому или иному сообществу, не детерминированному исключительно государствами, но субнациональными, наднациональными и транснациональными сообществами [Berman P., 2002: 311–529].

Конфликт юрисдикций — проблема, приобретшая междисциплинарный характер — опирается преимущественно на фундамент МЧП и МГП, которые с учетом огромного накопленного юридического знания рождают спектр потенциально возможных решений, как на национальном, так и на международном уровнях. Поиск универсальных моделей регулирования конфликта юрисдикций в киберпространстве возможен также посредством унификации и гармонизации.

2.2. Унификация и гармонизация

Унификация — механизм, составляющий форму существования генерального способа регулирования трансграничных частноправовых отношений — материально-правового [Дмитриева Г.К. 2016: 208]. При всех сложностях процесса унификации и часто незначительности результатов колоссальных унификационных усилий, унификация позволяет обеспечить согласование воли государств и определить принципиальные траектории в регулировании тех или иных глобальных проблем. Если вернуться к сравнению киберпространства с международной территорией, то можно обрести надежду на успех, так как правовой режим всех традиционных международных территорий определен международными договорами. Думается, что эффективность результатов унификации нормативного регулирования процессов, проходящих в киберпространстве, не выше и не ниже, чем у сопоставимых по степени политизированности областей.

Преимущества унификации помимо разработки единообразных правил поведения заключаются в вовлечении в этот процесс высокопрофессиональных и глубоко погруженных в проблематику истинно транснациональных коллективов. Следует заметить, что процесс нормотворчества сегодня также претерпевает изменения, в значительной степени смещаясь в область гармонизации и производства «мягкого права». Помимо государственных и субгосударственных структур, профессор Лондонского университета Р. Коттерелл называет четыре типа субъектов, издающих правовые нормы, регулирующие коммерческие отношения: наднациональные правительственные структуры (Евросоюз); технократические неправительственные и межправительственные органы (ЮНСИТРАЛ и УНИДРУА); судебные органы (Апелляционный орган ВТО, международные арбитражи; частные группы (неправительственные организации и торговые ассоциации) [Cotterrell R., 2012: 500–524]. Международные юридические компании создают контракты нового образца, которые становятся юридическими стандартами и влияют на создание иных норм, адвокатские объединения и арбитражи поддерживают эти процессы. Растет число акторов, создающих «снизу» в отдельных областях источники, консолидирующие «достижения практики международного оборота» [Bederman D., 2008: 176]. Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высокопрофессиональная часть: эксперты, бизнес-элиты, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые [Sweet A., 2006: 627–646].

Процесс вовлечения различных акторов в нормотворчество является частным случаем более глубоких перемен, связанных с заменой типа государственного управления: бюрократия сменяется «адхократией» (*ad hoc* — от лат. *ad hoc*), властью интеллектуалов, мобилизованных по конкретному поводу, координирующей работу временных рабочих групп, возникающих и прекращающих деятельность в соответствии с темпом перемен в окружающей организацию среде. В МЧП процесс нормотворчества приобретает адхократический характер: государство конкурирует или даже замещается космополитичной юридической элитой, аккумулированной в структурах международных и негосударственных организаций, торговых палат, арбитражей, лидирующих юридических фирм. Субъектами нормотворческих процессов становятся авторитетные друг для друга лица, практики, действующие в личном качестве, объединенные в географически рассеянную, но профессионально однородную группу. В некотором смысле эти группы выглядят частными клубами или «братствами». Общность интересов предопределяет некоторое общее мировоззрение или даже общую правовую культуру, а неофициальная политика «вращающихся дверей» обеспечивает ротацию членов группы от соответствующих транснациональных институций к их национальным организациям и обратно.

Такие группы, как правило, являются автономными структурами или организациями, которые создаются для разработки и дальнейшего «обслуживания» того или иного массива норм путем их периодического обновления. Так, членский состав ЮНСИТРАЛ и УНИДРУА напоминает эпистемическое сообщество научных специалистов в области коммерческого и сравнительного права, практикующих юристов и членов государственных министерств, чем межправительственную конференцию представителей государств [Honnold J., 1999: 51]. Существует высокая степень межгрупповой кросс-фертилизации, в частности, из-за специализации, обусловленной тем кругом проблем, над которым работает соответствующая группа, что, в свою очередь, повышает репутационные риски членов группы, будучи определенным стимулом к обеспечению высокого уровня профессионализма [Levit J., 2005: 168, 196]. Последний служит одним из положительных последствий видоизменения организации нормотворческой деятельности.

Определенную надежду на востребованность и потенциальную эффективность унификационных усилий дает непомерная дороговизна трансграничных кибер-споров как для частных субъектов, так и для государств. Споры в сфере защиты прав на объекты интеллектуальной собственности, вытекающие из деятельности в киберпространстве, иски государств к провайдерам по поводу незаконного содержания размещаемого ими контента влекут огромные расходы. Это становится хорошим поводом вернуться к старым, проверенным нормотворческим практикам. Тем более, что миру известны успешные унификации, например, в сфере регулирования авторского права или права промышленной собственности, которые, по сути, решаемых ими проблем в достаточной степени близки к проблемам регулирования киберпространства. Кроме того, применимая при их унификации методология «минимальных стандартов» в условиях свободы национального регулирования также может оказаться действенной. На основе международных договоров также могут создаваться международные специализированные организации, центры по урегулированию споров. То есть администрирование регулирования соответствующих трансграничных отношений на международном уровне также может способствовать поиску единообразных и оптимальных моделей регулирования кибер-споров. Не будучи панацеей, унификация способна несколько нивелировать трудности регулирования трансграничных отношений, снизив потребность в применении коллизионного способа регулирования, более сложного и одновременно более универсального.

2.3. Коллизия права: от *lex loci* к *lex mercatoria*

Коллизия права, будучи центральной проблемой МЧП, возрастает в своей значимости в условиях киберпространства. Столкновение двух и более

правопорядков в связи с тем, что общественное отношение стало трансграничным — разве это не калькированная из реальной среды в виртуальную головоломка? Она осовременивается несколькими деталями: как выбрать какой-либо правовой порядок в качестве применимого для регулирования мультиюрисдикциональной деятельности в киберпространстве; как выбрать применимое право, когда место осуществления деятельности не может быть легко определено в географическом пространстве? Однако поставленные вопросы кажутся относящимися сугубо к кибер-спорам только на первый взгляд. Они с той или иной степенью запутанности возникают в связи с любым трансграничным отношением, так как коллизия права по своей природе предполагает, что отношение имеет связь, как минимум, с двумя правовыми порядками. Любая крупная трансграничная сделка связана с трансграничным перемещением товара, кредитованием, страхованием, субподрядом, лицензированием и прочими юридическими действиями, которые связывают прочной сетью значительное число правовых порядков.

Иными словами, проблемы, пугающие юридическое сообщество в связи с развитием киберпространства, уже давно успешно разрешаются в рамках методологии МЧП. Применение коллизионного способа регулирования позволяет определить применимое право на основании того или иного коллизионного принципа. Коллизионный выбор права, в некотором смысле, не самоочевиден или даже произволен (при применении, например, привязки *lex voluntatis*), так как объективно существует связь правоотношения, как минимум, с двумя правовыми порядками. То же самое мы наблюдаем и в кибер-спорах. Однако, здесь еще более выпукло проявляется проблема выбора права, решаемая на основе привязки *lex loci (delicti commissi, damni, actus, contractus, a также lex rei sitae, place of business u пр.)*. Эти коллизионные принципы локализуют спорное отношение, привязывая его к какому-либо «месту» — праву того или иного государства, что некоторыми учеными ставится под сомнение в контексте «делокализованного» понимания киберпространства [Beall С., 1997: 361, 362]. Традиционные подходы к выбору применимого права терпят неудачу в сетевом мире ввиду их локально-ориентированности, в то время как Интернет создается не странами и территориальными единицами, но сетями, доменами и хостами. Примечательно, что критика традиционных коллизионных принципов преимущественно сопряжена со спорами о кибер-диффамации, которая становится объективом для изучения адекватности традиционного режима выбора права к отношениям, возникающим в киберпространстве [Davis P., 2002: 341].

Механистичность выбора применимого права, критикуемая применительно к киберпространству, перманентно нивелируется расширением сферы применения гибких коллизионных привязок: предсказуемость в некотором смысле уступает место гибкости. В первую очередь, речь идет

о расширении сферы применения принципа автономии воли сторон (*lex voluntatis*), что, собственно, характерно и для «реального мира». Наибольшим регулятивным потенциалом обладает принцип наиболее тесной связи (*proper law*), ядром которого выступает дискреция суда в оценке тех критериев, которые детерминируют выбор права. В этом смысле принцип наиболее тесной связи — это юридическое «заземление» правоотношения на ту или иную правовую почву, исходя из определения и кристаллизации наиболее понятных, предсказуемых решений, имитирующих разумную практику заинтересованного большинства. Формирование критериев наиболее тесной связи можно сравнить с централизованным прокладыванием дорожек в парке, руководствуясь траекториями тропинок, протоптанных местными жителями. Интерпретаторами такой практики, очевидно, должны быть, в первую очередь, судьи.

Не стоит забывать о потенциале такого инструмента, как «расщепление» договорного статута (*dépeçage*), который позволяет «разобрать» спорное отношение на отделимые части и подобрать к каждой из них наиболее подходящий правопорядок.

Существуют более экстравагантные коллизионные конструкции, примеры правовой эклектики, возводимые представителями разных научных школ применительно к отношениям в киберпространстве. П. Берман, последовательный приверженец идей космополитизма и противником концепции единого глобального права, оспаривает строгую привязку субъектов к территориальному расположению в пределах географических границ и развивает «космополитическую концепцию выбора права». При определении применимого права судам, по мнению автора, следует учитывать разнообразие нормативных систем, имеющих связи с конкретным спором. При этом судьи, идентифицируя себя как часть взаимосвязанной сети национальных, транснациональных и международных норм, смогут развивать юриспруденцию, отражающую космополитическую реальность. Космополитический подход не ограничивает суды в выборе одного национального правопорядка, но позволяет судьям разрабатывать гибридные правила, применять нормы международных договоров и транснациональные нормы, а также учитывать принадлежность субъекта к сообществу, которая не связана с национальными государствами, и, соответственно, применять отраслевые стандарты, правила поведения, разработанные неправительственными организациями, обычаи и пр. [Berman P., 2005: 1862]. Аффилированность субъекта с тем или иным сообществом (в том числе, негосударственным) есть ключевой критерий, подлежащий оценке, при выборе применимого права к спору в логике П. Бермана. В этом смысле мы легко можем прийти к выводу о возможности применения в суде в качестве применимого права норм негосударственного регулирования, выступающих регуляторами поведения в рамках того или иного сообщества.

Такой взгляд на коллизионную методологию перекликается с воззрениями немецких ученых Г. Тойбнера и А. Фишера-Лескано относительно межсистемного коллизионного права, происходящего не из коллизии отдельных национальных право порядков, но в связи с коллизией различных глобальных социальных секторов [Fischer-Lescano A., Teubner G., 2004: 999–1000]. Нормативный ландшафт все более фрагментируется, в том числе, за счет разрастания неправовой его составляющей.

Существует значительное число исследований, постулирующих возможность решения проблемы коллизии права посредством «реинкарнации» *lex mercatoria* в форме *lex informatica/ law cyberspace/ e-merchant* и тому подобных симулякров [Michaels R., 2005: 1209–1259]; [Reidenberg J., 2003: 553–593]. Как отмечает П. Берман, рост онлайн взаимодействия выстилает дорогу к возрождению *lex mercatoria*, где тысячи отдельных сделок медленно затвердевают в форме обычного права, которое в конечном итоге принимается как суверенное право государства... По иронии судьбы, «восходящая» концепция формирования права, воплощенная в *lex mercatoria*, была довестфальским международным правом [Berman P., 2002: 518-519]. Иными словами, новое — есть хорошо забытое старое? Движимое логикой юридических вызовов и ответов под влиянием самых разнообразных факторов, право самоопределяется, развивается и, с той или иной степенью динамичности, подстраивается под новые реалии, одной из которых выступает киберпространство.

Заключение

Киберпространство стало одним из определяющих свойств общества XXI века, опосредующим его формирующуюся сетевую структуру. Это переопределяет многие правовые концепты, формирует новую парадигму права. Международное право, которое исторически приспособлено к регулированию трансграничных отношений, чутко реагирует на вызовы киберпространства за счет гибкости своего инструментария и адаптивной методологии. Материальный способ регулирования, основанный на применении результатов унификации, осовременивается гармонизацией, успешно заполняющей пробелы в нормативном регулировании новых, стремительно масштабируемых общественных отношений. Коллизионный способ, решающий коллизию права, применим и к отношениям, возникающим в киберпространстве, так как он обогащен универсальным алгоритмом поиска наиболее тесной связи, определения «оседлости отношения», что осовременивается привязкой не столько к месту (*lex loci*), сколько аффилированностью с тем или иным профессиональным сообществом или социальным

сегментом. В этой части формируются новые критерии наиболее тесной связи, соотносимые со свойствами киберпространства. Параллельные процессы идут и в области конфликта юрисдикций. Наблюдается также активное эволюционирование проблемы коллизии права в пограничную область коллизии права и неправа (преимущественно *lex mercatoria*), где различные нормативные массивы, производные от совершенно разных центров компетенций, коллидируют друг с другом. Делокализованное *lex mercatoria*, которое проявляет себя в самых разных формах (от *lex sportive* и *lex informatica* до *e-merchant*), систематизируется и кодифицируется в духе права, что ставит перед правотворцами и правоприменителями задачу акцептировать соответствующие нормативные конструкты и инкорпорировать их в архитектуру нормативного регулирования.



Библиография

Дмитриева Г.К. (ред.) Унификация и гармонизация в международном частном праве. М.: Норма, 2016. 208 с.

Иссад М. Международное частное право. М.: Прогресс, 1989. 400 с.

Терентьева Л.В. Сетевое пространство и государственные границы: вопросы юрисдикции в сети Интернет. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 1. С. 63–68.

Acker R. Choice-of-Law Questions in Cyberfraud. University of Chicago Legal Forum, 1996, issue 1, pp. 437–469.

Bederman D. Globalization and International Law. New York: Macmillan, 2008, 264 p.

Beall C. The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet. Marshal Journal of Computer & Information Law, 1997, vol. 15, pp. 361–390.

Berman P. The Globalization of Jurisdiction. University of Pennsylvania Law Review, 2002, no 2, pp. 311–545.

Berman P. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. University of Pennsylvania Law Review, 2005, vol. 153, pp. 1819–1882.

Blomley N. Law, space and the geographies of power. New York: Guilford Press, 1994, 259 p.

Bosky S. Defamation in the Internet age: Missouri's Jurisdictional flight begins with Baldwin v. Fisher-Smith. Saint Louis University Law Journal, 2012, no 2, pp. 587–612.

Castells M. The Rise of the Network Society. Information Age. Vol. 1. New York: Wiley-Blackwell, 2009, 594 p.

Chik W. «Customary Internet-ional Law»: Creating a Body of Customary Law for Cyberspace. Part 1: Developing Rules for Transitioning Custom into Law. Computer Law and Security Review, 2010, vol. 1, pp. 3–22.

Cotterrell R. What is Transnational Law? Law & Social Inquiry, 2012, issue 2, pp. 500–524.

Dasteel J. Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements. Arbitration Law Review, 2017, vol. 9, pp. 1–20.

Davis P. The Defamation of Choice-of-Law in Cyberspace: Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier. *Federal Communications Law Journal*, 2002, vol. 54, pp. 339–364.

Easterbrook F. Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, 1996, vol. 1, pp. 207–216.

Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, pp. 999–1046.

Geist M. Is There a There — Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *Berkeley Technology Law Journal*, 2001, vol. 16, pp. 1380–1404.

Goldsmith J. Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law Occasional Paper*, 1999, no 40, pp. 1–37.

Giddens A. *The Consequences of Modernity*. Stanford: University Press, 1990, 186 p.

Honnold J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 51.

Johnson D., Post D. Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, 1996, vol. 48, pp. 1367–1402.

Lastowka G. Foreword: Paving the Path of Cyberlaw. *William Mitchell Law Review*, 2013, vol. 38, pp. 1–9.

Levit J. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal of International Law*, 1996, no 125, pp. 125–209.

Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, 2005, vol. 51, p. 1209–1259.

Menthe D. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 1998, vol. 4, pp. 69–103.

Polanski P. *Customary Law of the Internet: in the Search for a Supranational Cyberspace Law*. The Hague: Asser Press, 2007, 413 p.

Reidenberg J. States and Internet Enforcement. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 2003, vol. 1, pp. 213–230.

Sommer J. Against Cyberlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, 2000, vol. 15, pp. 1145–1232.

Sweet A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, 2006, vol. 13, pp. 627–646.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Cyberplace and Methodology of International Private Law



Mariya V. Mazhorina

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russian Federation. E-mail: mvmazhorina@msal.ru



Abstract

Is it possible to regulate an extensive segment of transborder relations in cyber space with the available legal tools and is reasonable to discuss the formation of the new bulk of norms in cyber space? The aim of the article is an attempt to answer this question through the prism of the regulation mechanism in trans-border private law relations belonging to the subject matter of international private law. Due to the nature and the presence of *foreign component*, the private law relations are closely connected with those emerging due to the scale of cyber space. The methodology of the international private law has adjusted during many centuries to the regulation of trans-border relations having developed a number of mechanisms with a high degree of flexibility and able to respond efficiently to the challenges of the modern society. Cyber space as a new environment for net community makes the issues of the past generation relevant, in particular conflict of jurisdictions and conflict of laws. The solutions are developing both by adjusting the traditional regulatory models and the development of the new ones some of which are being discussed in the article. The research argues that the concept of cyber law as an autonomous legal system regulating public relations in cyber space is irrelevant as the very nature of the relations are not transformed. However, law needs to realize cyber space and formulate relevant responses to the new forms of making trans-border private law relations objective. In particular, the sphere concerning the definition of jurisdiction may draw the attention due to the theoretical concepts and practice: Calder effects, Zippo-test, targeting test etc. Conflict of laws has a tendency of shifting from local legal relations with *lex loci* to a more flexible conflict of laws regulation. or the cosmopolitan approach of the applicable law presented by P.S. Berman. Cyber space makes *lex mercatoria* relevant again which may be referred to as *lex informatia* or *e-merchant*. As accumulated, all the above-mentioned may enrich the modern doctrine and practice of international private law.



Keywords

net, cyberspace, cyber law, international private law, *lex mercatoria*, e-merchant, conflict of jurisdictions, choice of law, conflict of law norms, targeting.

Acknowledgements: The paper is prepared under support of Russian Fund for Basic Researches (RFBR) as part of RFBR project N 18-29-16061).

For citation: Mazhorina M.V. (2020) Cyberplace and Methodology of International Private Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 230–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.230.253



References

- Acker R. (1996) Choice-of-Law Questions in Cyberfraud. *University of Chicago Legal Forum*, issue 1, pp. 437–469.
- Beall C. (1997) The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet. *Marshal Journal of Computer & Information Law*, vol. 15, pp. 361–390.
- Bederman D. (2008) *Globalization and International Law*. New York: Macmillan, 264 p.
- Berman P. (2002) The Globalization of Jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, no 2, p. 311–545.

- Berman P. (2005) Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, p. 1819–1882.
- Blomley N. (1994) *Law, space and the geographies of power*. New York and London: Guilford Press, 259 p.
- Bosky S. (2012) Defamation in the Internet age: Missouri's Jurisdictional flight begins with Baldwin v. Fisher-Smith. *Saint Louis University Law Journal*, no 2, pp. 587–612.
- Castells M. (2009) *The Rise of the Network Society. Information Age*. Vol. 1. Oxford: Wiley-Blackwell, 594 p.
- Chik W. (2010) «Customary Internet-ional Law»: Creating a Body of Customary Law for Cyberspace. Part 1: Developing Rules for Transitioning Custom into Law. *Computer Law and Security Review*, vol. 1, pp. 3–22.
- Cotterrell R. (2012) What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, issue 2, pp. 500–524.
- Dmitrieva G.K. (ed.) (2016) *Unification and harmonization in international private law. Theory and practice*. Moscow: Norma, 208 p. (in Russian)
- Dasteel J. (2017) Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements. *Arbitration Law Review*, vol. 9, pp. 1–20.
- Davis P. (2002) The Defamation of Choice-of-Law in Cyberspace: Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier. *Federal Communications Law Journal*, issue 2, pp. 339–364.
- Easterbrook F. (1996) Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1, pp. 207–216.
- Fischer-Lescano A., Teubner G. (2004) Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, pp. 999–1046.
- Geist M. (2001) Is There a There — Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, pp. 1380–1404.
- Giddens A. (1990) *Consequences of Modernity*. Stanford: University Press, 186 p.
- Goldsmith J. (1999) Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law Occasional Paper*, no 40, pp. 1–37.
- Hannerz U. (1989) Notes on the Global Ecumene. *Public Culture*, issue 2, pp. 66–75.
- Honnold J. (1999) *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International, p. 51.
- Issad M. (1989) *International private law*. Moscow: Progress, 400 p. (in Russian)
- Johnson D., Post D (1996) Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, vol. 48, pp. 1367–1402.
- Lastowka G. (2013) Foreword: Paving the Path of Cyberlaw. *William Mitchell Law Review*, vol. 38, pp. 1–9.
- Levit J. (1996) A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal of International Law*, no 5, pp. 125–209.
- Michaels R. (2005) The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, vol. 51, pp. 1209–1259.
- Menthe D. (1998) Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 4, pp. 69–103.

Polanski P. (2007) *Customary Law of the Internet: In the Search for a Supranational Cyberspace Law*. The Hague: Asser Press, 413 p.

Reidenberg J. (1998) Lex Informatica: The Formulation of Information Technology Rules through Information Technology. *Texas Law Review*, no 3, pp. 553–593.

Reidenberg J. (2003) States and Internet Enforcement. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 1, pp. 213–230.

Sommer J. (2000) Against Cyberlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 15, pp. 1145–1232.

Sweet A. (2006) The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, vol. 13, pp. 627–646.

Terentyeva L.V. (2010) Net space and state borders: jurisdiction in the Internet. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* no 1, pp. 63–68 (in Russian)

Искусство судить

рецензия на книгу: Lebel L. L'art de juger. Québec City: Presses de l'Université Laval, 2019, 369 p.



М.В. Антонов

доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 198099, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Промышленная ул., 17. E-mail: mantonov@hse.ru



Ключевые слова

судопроизводство, свобода судейского усмотрения, смешанная правовая семья, стиль правового мышления, канадское право, Верховный суд Канады.

Для цитирования: Антонов М.А. Искусство судить // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 254–260.

Рецензируемая работа опубликована Луи Лебелем — известным канадским юристом, почетным доктором права Квебекского и Оттавского университетов. В 2000 — 2014 гг. автор был членом Верховного Суда Канады, что позволяет ему рассуждать о судопроизводстве как в определенной мере отражающем общие черты канадской системы права. В книге с красноречивым названием «Искусство судить» автор делится с читателями размышлениями о философско-правовых аспектах судебного процесса, иллюстрируя эти размышления примерами из практики Верховного суда. Автор убедительно показывает, что процесс вынесения решений не может быть представлен как механистический — от судьи требуется проникновение в суть рассматриваемой ситуации, оценка последствий вынесенного решения не только для сторон процесса, но и для всего общества.

Казалось бы, эти выводы вступают в противоречие с понятиями о принципе верховенства права, с точки зрения которых принято считать, что судья при отправлении правосудия должен руководствоваться только объективным смыслом закона, не примешивая к нему свои воззрения. Такие понятия приводят к тому, что Лебель называет «эпистемологической изоляцией» судьи: в интерпретационной практике судья должен быть связан только буквой закона и намерением законодателя, не принимая во внимание то, как они воспринимаются и истолковываются в обществе. В рецензируе-

мой работе эти подходы подвергаются последовательной критике из-за искажения процесса судопроизводства в угоду правовой идеологии.

Разумеется, подобные критические замечания уже многократно высказывались сторонниками социологической и реалистической юриспруденции. В рецензируемой книге канадский судья дополняет эти замечания удачным анализом правового плюрализма в праве его страны. Речь идет не только о сочетании элементов общего права и права романо-германского (континентального), но и о действии обычно-правовых норм коренных народов страны и в целом — о различиях в понимании права и его предназначения среди составляющих канадскую нацию этносов. Но особое внимание автора все же привлекает смешение в канадском праве элементов романо-германской и англо-американской семей. Это смешение оказывает влияние и на судопроизводство. Так, общее право концентрирует внимание судьи на особенностях конкретных дел, но в то же самое время казуистика общего права делает его зачастую формализованным и затрудняет проникновение в судопроизводство этических принципов и представлений. Этот недостаток компенсируется присутствием в канадском праве элементов правового мышления, характерного для континентального права (абстрактное понимание нормативности, этическая основа правового регулирования и пр.), которые оказывают влияние не только на право Квебека, но и на практику Верховного суда Канады, а через нее — на право других канадских провинций.

Один из примеров такого изменения канадского права через судебную практику — это обязательственное право. Показательным является распространение ряда институтов романо-германского права (неосновательное обогащение, внедоговорная ответственность, солидарная ответственность, доктрина добросовестности и пр.) в праве Канады, чему в рецензируемой работе приводится несколько интересных практических примеров. По мнению автора, эти прецеденты стали симптомом смягчения формализма, характерного для общего права, за счет распространения заимствования из доктрин романо-германских правопорядков таких институтов, в основе которых лежат этические идеи. Это позволяет судьям в сложных делах отходить от прецедентов и решать дела на основе общих принципов права, подбирая находя наиболее подходящую интерпретацию этих принципов в той или иной правовой традиции (р. 68–69).

Рецензируемая работа содержит множество других примеров симбиоза двух правовых семей (общего и континентального права) в правовой системе Канады. Практический опыт автора дал ему возможность иллюстрировать особенности такого симбиоза на казусах, рассмотренных Верховным судом Канады за последние несколько десятилетий. Этот опыт осмысливается им с позиций теории коммуникативного действия Юргена Хабермаса.

Особенно интересны рассуждения автора о том, как сосуществование двух правовых семей приводит к изменению юридического вокабулярия (как франко-, так и англоязычных юристов) и, соответственно, к возникновению новых черт правового мышления, к переосмыслению самого понятия права (р. 135–146, 167–238). В этом отношении Луи Лебель обращает внимание на то, что канадская судебная система развила новые подходы в целом ряде основополагающих вопросов, включая доступ к правосудию (р. 107–133). Например, в 1980-х годах получила развитие доктрина доступности правосудия, предполагающая обязанность государства заблаговременно (до вынесения решения суда) оплачивать услуги адвоката стороне, которая судится с государством по вопросам, имеющим общественную важность.

Эту динамику канадский судья пытается объяснить, демонстрируя практическое действие коммуникативных процессов в общественной жизни и их влияние на формирование нормативных практик. Взаимодействие элементов континентального и общего права в канадском праве автор пытается изобразить как диалог, в который прямо или косвенно оказывается включенным все юридическое сообщество Канады. Сосуществование двух правовых семей (а также обычного права коренных народов) в одном правовом порядке делает канадское право, по мнению автора, своеобразной дискуссионной площадкой для развития права в целом — здесь для такого развития меньше доктринальных и нормативных препятствий, чем в правовых системах, не являющихся смешанными (в смысле компаративистики). Другую возможность для диалогического развития создает диалектика взаимосвязи между канадским правом и теми правовыми порядками (английским и французским), из которых оно выросло и от которых оно в некоторых аспектах сохраняет доктринальную зависимость.

Такая диалогическая перспектива судопроизводства и лежащей в его основе правовой рефлексии кажется Лебелю центральной для современной теории судебного процесса. В современном процессе судья выступает не столько как инстанция, провозглашающая то, что говорит закон о той или иной ситуации. Роль судьи, по мнению автора, заключается также в том, чтобы помочь сторонам самим найти «свое право» через инклюзивный диалог. Такой диалог означает, что стороны и суд включаются в общественную дискуссию о том, как лучше применять правовые нормы в целом, путем переформулирования данного общего вопроса применительно к обстоятельствам и нормативной основе своего дела. Это, по мнению канадского правоведа, позволяет судье выявить ту индивидуальную норму, на основе которой стороны, действуя разумно и добросовестно, строили бы свое правоотношение, избегая правового конфликта, который привел их в суд. Такая роль требует от судьи углубленного размышления о сущности права,

о том, как эта сущность может по-разному проявляться в неодинаковых социальных условиях и применительно к различным общественным проблемам и конфликтам. Этой амбициозной задаче нахождения путей совмещения практической деятельности юриста с философской рефлексией о праве, и посвящена рецензируемая книга.

Одним из специфически юридических вопросов, разбираемых в связи с этим автором, является вопрос о судебском правотворчестве и его демократической легитимации. Автор демонстрирует трудности, связанные с отрицанием нормотворческого характера судебной деятельности во французской правовой доктрине, на которую опирается правовая система провинции Квебек, с одной стороны, и организацией правосудия в этой провинции и в англоязычной Канаде и в стране в целом, где возможность судьи создавать нормы права не ставится под сомнение. В этой перспективе идея о том, что судья не должен стоять над участниками процесса и изрекать от имени закона якобы объективные решения, а должен вместе с участниками процесса искать «их право», кажется более чем сомнительной. Автор считает, что этот идеологизированный образ судьи очевидным образом противоречит реалиям и не выдерживает критики — работа судьи неизбежно связана с усмотрением и с субъективным истолкованием правовых текстов.

Несомненно, судьи могут создавать юридические правила для решения дел, а учетом особенностей общего права создаваемые канадскими судьями правила могут приобрести нормативный статус. Но вправе ли судья навязывать свои решения обществу в качестве норм, иногда даже вопреки закону и иным источникам права? На этот основополагающий вопрос Лейбель также дает ответ с перспективы коммуникативной теории Хабермаса, рассматривающей судопроизводство как один из ключевых элементов делиберативной демократии. Демократическая легитимация этих норм судебного права требует от судебной системы открытости, готовности к диалогу с юридическим сообществом и с обществом в целом по вопросам развития и изменения права. Автор выражает мнение, что судьи через свои решения должны принимать участие в дебатах, которые ведутся в обществе по тем проблемам, в связи с которыми возникают судебные споры. Здесь возникает проблема обеспечения принципа беспристрастности суда — проблема, которую автор тщательно разбирает на протяжении всей книги. Он приходит к выводу, что сложившиеся в доктрине понятия о судье как объективном арбитре, не имеющем собственного мнения по спорным этическим, политическим, социальным и иным вопросам, с которыми может быть связано рассматриваемое им дело, нуждаются в переосмыслении.

Опираясь на собственный судебский опыт, автор критикует дедуктивистский подход, видящий суть судопроизводства в юридическом силло-

гизме: «Оспаривание легитимности нормотворческой функции [судопроизводства] основывается на отрицании реальности и необходимости» (р. 25). Однако это не означает впадения в крайности правового реализма — судья руководствуется не только своим усмотрением, но и пониманием того, что является правом для того общества, в котором он вершит правосудие: «Изучение деятельности судей в провинции Квебек подчеркивает эту первостепенную реальность: над законом существует еще и право» (там же). Такое «право», в понимании автора, включает в себя решения судов, рассуждения правоведов и юридическую практику. Анализ этого «права» позволяет «выразить или создать то содержание закона, которое иногда остается неопределенным, но все является определимым» (там же). Приводя образное сравнение, Лебель пишет: «Некоторые желают, чтобы право навечно было записано на бронзовых таблицах. Что касается меня, то лучше представить право подобным живому дереву, которое находит плодородную почву в интерпретационной деятельности, укорененной в современной методологии» (р. 86). Такая перспектива вполне объяснима для судьи высшей судебной инстанции, но кажется далекой от работы судей обычных судов.

Восполнение права через судебную практику приобретает особое значение в плане преодоления неопределенности формулировок основных прав и свобод. Являющаяся частью Конституции Канады Канадская Хартия прав и свобод 1982 г. определяет примерный перечень основных прав и дает им лишь общие определения, оставляя судам определять конкретные границы и содержание таких прав: «Риторического провозглашения основополагающего характера совокупности неких прав и процедур недостаточно. Создание юридических рамок необходимо для придания реальной силы, смысла и содержания этому провозглашению» (р. 28). Эта задача стоит перед канадскими судами, которые хоть и не имеют формально закреплённой функции конституционного контроля, но тем не менее на практике фактически осуществляют такой контроль на всех инстанциях судопроизводства. В этом отношении Лебель защищает суды от упреков в посягательстве на принципы демократии и утверждает, что данная функция является логическим выводом из принципа верховенства права (р. 239 и далее).

Книга состоит из нескольких статей, опубликованных Лебелем в разные периоды своей деятельности и объединённых обозначенной выше задачей. С самого начала автор выдвигает тезис о том, что искусство судить предполагает не только наличие у судьи знания позитивного права и опыта ведения процесса: «Немалая часть деятельности судьи связана с проникновением в понимание человеческих отношений, даже если дело касается конфликта экономических интересов... Судья нередко работает в контексте неуверенности не только касательно таких элементарных вопросов, как сбор доказа-

тельств, но и — на более высоком уровне — вопросов, связанных с конфликтом ценностей, что разрывает общество на части» (р. 3).

Темы включенных в работу статей охватывают очень широкий диапазон категорий дел, с которыми автору пришлось сталкиваться в бытность судьей Верховного суда Канады. Казалось бы, такой разброс тематик должен был бы привести к рассеиванию внимания читателя. Но автору удается избежать данной опасности, поскольку избранная им методика написания книги как раз предполагает демонстрацию того, как философско-правовая рефлексия может позволить по-новому взглянуть на привычные правоведам юридико-технические вопросы. Луи Лебель конкретизирует свою рефлексию многочисленными ссылками на судебную практику, показывая, насколько важным для судьи может быть многостороннее понимание мировоззренческих проблем, с которыми прямо или косвенно связано рассматриваемое дело. Правоведам, которые интересуются сравнительно-правовыми аспектами, было бы интересно ознакомиться с описанием наиболее значимых и спорных решений высшей судебной инстанции Канады, даваемым бывшим судьей.

Нужно признать, что поставленная автором трудная задача переосмысления судейской функции с точки зрения коммуникативной теории в рецензируемой работе поставлена лишь в общих чертах и не находит окончательного ответа. С одной стороны, работе не достает теоретической перспективы в смысле сопоставления различных точек зрения на природу и механизм судопроизводства, включая близкие авторскому подходу идеи таких правоведов, как Рональд Дворкин или Франсуа Ост. С другой стороны, автор смог изложить интересующую его проблему на языке, доступном практикующим юристам, не загромождая работу методологическими нюансами и цитатами. Именно это делает книгу Лебеля своеобразным вкладом в диалог между юристами и обществом о путях и задачах развития общества — диалог, основанию которого и посвящена рецензируемая работа.

The Art to be a Judge



Michail Antonov

Associate Professor, Department of Legal Theory and History, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg Branch), Candidate of Juridical Sciences. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg 198099, Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



Abstract

Review of a book by Lebel L. *L'art de juger*. Quebec City: Presses de l'Université Laval, 2019. 369 p.



Keywords

proceedings, judicial discretion, mixed legal families, style of legal thought, Canadian law, Supreme Court of Canada.

Citation: Antonov M.V. (2020) The Art to be a Judge. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 254–260 (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.

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 15.06.2020. 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