

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2021

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

2/2021



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

Ю.А. Тихомиров, Н.В. Кичигин, Ф.В. Цомартова, С.Б. Бальхаева
Право и цифровая трансформация. 4

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.В. Габов
Электронное взаимодействие и цифровые технологии
в корпоративном управлении акционерным обществом
в России. 24

Е.А. Галиновская, М.В. Пономарев
Стратегическое планирование в природоресурсной сфере
(правовой аспект) 65

Ю.Э. Монастырский
Регулирование требований об убытках в Гражданском кодексе
Российской Федерации и Принципах европейского контрактного
и деликтного права 87

А.С. Подмаркова
Условия приобретательной давности и необходимость
их реформирования. 109

Е.С. Пирогова, Ю.Д. Жукова
Ответственность за неподачу заявления о банкротстве
(новеллы законодательства о банкротстве и актуальные
нормы корпоративного права) 139

М.О. Буянова
Понятие и природа спортивной ответственности 161

М.В. Арзамасцев
Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного
права и злоупотребления им 177

Право в современном мире

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова, А.С. Касаткина
Внутриотраслевой способ кодификации международного
частного права (на примере стран Латинской Америки) 204

Л.В. Терентьева
Установление судебной юрисдикции по спорам
в киберпространстве на примере США 236

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Legal Thought: History and Modernity

Yu.A. Tikhomirov, N.V. Kichigin, F.V. Tsomartova, S.B. Balkhaeva

Law and Digital Transformation 4

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.V. Gabov

Electronic Interaction and Digital Technologies in Corporate

Governance of a Joint Stock Company in Russia 24

E.A. Galinovskaya, M.V. Ponomarev

Strategic Planning in the Natural Resource Sphere: Legal Aspect 65

Yu.E. Monastyrsky

Damages Recovery Claims Regulation in Civil Code of RF

and in Principles of European Contract and Tort Law 87

A.S. Podmarkova

Acquisitive Prescription Requisites and the Need of their Reform. . . . 109

E.S. Pirogova, Yu.D. Zhukova

Liability for Non-Filing of a Bankruptcy Petition

(the Novels of Insolvency Legislation and Current Corporate Rules) . . 139

M.O. Buyanova

The Concept and Nature of Sports Responsibility 161

M.V. Arzamastsev

Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right 177

Law in the Modern World

N.Yu. Erpyleva, I.V. Getman-Pavlova, A.S. Kasatkina

Intra-Branch Method of Codifying Private International Law

(Case of Latin American States). 204

L.V. Terentyeva

Legal Jurisdiction Concerning the Disputes in Cyberspace

in the USA 236

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

Право и цифровая трансформация



Ю.А. Тихомиров

Профессор, центр публично-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки РФ. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: tikhomirov@izak.ru



Н.В. Кичигин

Отдел экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: ecology@izak.ru



Ф.В. Цомартова

Старший научный сотрудник, отдел социального законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: social3@izak.ru



С.Б. Бальхаева

Ведущий научный сотрудник, отдел международного публичного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: foreign1@izak.ru



Аннотация

Сосуществование феноменов цифровизации и права обуславливает их взаимовлияние и актуализирует задачу исследования проявляющегося по отношению друг к другу воздействия и изменений, которое оно вызывает. Технизация общества способствовала его дальнейшему развитию, ее цели и направления во многом определялись публичными и иными социальными институтами, включая право. В современный период цифровизация находится в том же русле сочетания социальных и технических механизмов управления общественными процессами, причем в широком социально-экономическом контексте и в связи с реализацией стратегических национальных целей нашей страны. Очевидно заметное влияние аналогичных явлений и процессов и в зарубежных странах. Эти обстоятельства предопределяют вызовы праву. В статье сделана попытка рассмотреть правовые проблемы цифровизации с точки зрения комплексного, межотраслевого и системного анализа, который позволил преодолеть чрезмерную специализацию отраслевых юридических наук, иметь в виду динамику соотношения национального и международного права, а также учитывать контекст

достижений других общественных наук. Новейшие цифровые технологии наполняют функциональное воздействие права новым содержанием, что, во-первых, находит отражение в динамично развивающемся отраслевом законодательстве, а во-вторых, в концентрированном виде проявляется в формировании нормативных правовых актов общего характера, создающих базу цифровизации. Цифровизация преобразует характер деятельности субъектов права и объемы их правоотношений, порождает новые формы принятия управленческих решений и ответственности за их неисполнение, проблематизирует тематику юридической природы технического (электронного) правового акта и его места в системе правовой регуляции, ставит вопрос о возможности и пределах автоматизации права. Авторы приходят к выводу, что в условиях цифровой трансформации экономики, социальной сферы и государственного управления право сохраняет устойчивую роль регулятора социально-экономических и иных общественных процессов, обеспечивая как стабильность, так и необходимую преобразовательную деятельность индивидуумов и публичных институтов.



Ключевые слова

цифровизация, национальное право, международное право, отраслевое законодательство, цифровое право, технический (электронный) нормативный правовой акт, цифровые права, автоматизация права, субъект права, юридическая ответственность.

Для цитирования: Тихомирова Ю.А., Кичигин Н.В., Цомартова Ф.В., Бальхаева С.Б. Право и цифровая информация // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 4–23.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.4.23

Введение

Меняется ли право в условиях цифровой трансформации? Вопрос этот очень актуален и в теоретическом, и в практическом плане. Внедрение новых цифровых технологий в разные сферы общественной жизни создает впечатление, что общение становится оперативным и гласным, а решения принимаются напрямую, через открытый диалог. Это обыденное представление имеет глубокие корни, но необходимо подойти к нему с научной точки зрения.

Право образует стройную систему обязательного нормативного регулирования общественных отношений, поведения граждан и деятельности организаций. В последнее время в России сложилось довольно развитое законодательство, которое переживает стремительное обновление в связи со сложной ситуацией с пандемией, трудностями во отношениях с другими государствами и, наконец, поправками к Конституции Российской Федерации, требующими от права динамичной настройки [Khabrieva T.Y., Klishas A.A., 2021]; [Khabrieva T.Y., 2016].

Перед нами два феномена: право — классическое, традиционное, обновляемое, и цифровизация, которая отражает новый характер и язык взаимоотношения между человеческими личностями и организациями. Как они встречаются, влияют друг на друга, кто из них приоритетнее и вытесняет ли одно явление другое? Любые однозначные ответы на эти вопросы будут неправильными, потому что и право существенно влияет на процесс цифровизации, и цифровизация воздействует на правовое регулирование, его формы, правосознание граждан.

1. Правовые проблемы цифровизации

Мыслители прошлого потратили много усилий, чтобы раскрыть загадки научно-технического прогресса. Им казалось, что в будущем может наступить общество, которое будет иметь другие регуляторы. Ф. Энгельс в работе «Анти-Дюринг» предположил, что в будущем на место управления людьми придет управление вещами, производственными и техническими процессами [Энгельс Ф., 2019: 460–476]. Но управление людьми не уходит: люди сами управляют этими процессами и собственными взаимоотношениями. В нашей стране в 1970-х годах разрабатывалась общегосударственная автоматизированная система управления народным хозяйством. Поэтому рассматриваемая тема не возникла внезапно, она имеет богатую предысторию. Человек думал над тем, как использовать достижения науки и техники для решения социальных, экономических и иных задач.

В последнее время появились работы, которые специально посвящены теме цифровизации в фокусе права: предложена юридическая концепция роботизации, рассмотрены вопросы нарушения нормативных правовых актов в новых цифровых режимах, выявлены специфика и перспективы правового регулирования оборота данных в государственном управлении [Талапина Э.В., Южаков В.Н. и др., 2020], прослежены экологические императивы в законах и жизни [Боголюбов С.А., 2020], также нуждающиеся в мощной информационной поддержке, исследована трансформация институтов бюджетного права в условиях цифровой революции [Артюхин Р.Е., Поветкина Н.А., 2021] и др. Эти работы показывают, что научные наработки рассматриваемой тематики уже накоплены, есть багаж, который надлежит осваивать.

Вместе с тем в современном контексте отношений права и научно-технического развития возникает много новых и интересных проблем. Первая проблема, требующая пояснения, связана с совпадением сфер правового регулирования и цифровизации. Цифровизация стремительно «врывается» в разные сферы, где-то сокрушая, где-то существенно облегчая жизнь человеческих личностей и деятельность организаций.

В области государственного управления цифровизация существенно влияет на содержание компетенции публичных органов таким образом, что одни функции отпадают, а другие замещаются. В частности, вместо громадного потока отчетности и проверок полезнее используются аналитические и прогнозные разработки. Вводится новый оборот данных, который позволяет расширить информационную базу управленческих решений и действий, что существенно облегчает государственное управление [Пилипенко А.Н., 2021: 114–189].

В экономической сфере роботы активно внедряются в промышленность и строительство, успешно выполняя многие производственные и технологические операции. Особенно наглядны цифровые новации в сфере сервиса и социального обслуживания. Многие услуги постепенно переводятся в режим электронного общения посредством электронных порталов, через которые граждане могут обращаться по вопросам реализации своих пенсионных, трудовых, жилищных и иных социальных прав. В области образования, науки и культуры восприимчивость социальной сферы к цифровизации тоже очень заметна. Так, в условиях пандемии обучающиеся постепенно перешли в онлайн-режим получения знаний. В сфере экологии, охраны окружающей среды, сбережения климата, лесных массивов и других природных богатств мониторинг с помощью новых технических средств также имеет существенное значение.

Вторая проблема заключается в переменах, которые происходят в праве в условиях повсеместного внедрения современных цифровых технологий. Предмет правового регулирования преобразуется, но социальная роль права в упорядочении общественных отношений не меняется. При этом его функциональное воздействие наполняется новым содержанием, что находит отражение прежде всего в динамично развивающемся отраслевом законодательстве: гражданском [Синицын С.А., 2020: 73–171], трудовом, экологическом, административном, образовательном, медицинском и др.

В частности, в Гражданском кодексе Российской Федерации появляются статьи о цифровых правах, Трудовой кодекс Российской Федерации совершенствуется с учетом современных режимов трудовой деятельности. В целом отраслевое законодательство несмотря на довольно высокий уровень развития, нуждается в модернизации, чтобы граждане и юридические лица легко взаимодействовали с помощью электронных технологий.

Помимо отраслевого законодательства необходимо акцентировать внимание на появлении общих правовых актов, которые создают базу цифровизации. Еще в 2017 году была разработана Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы¹,

¹ Указ Президента Российской Федерации от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» // СЗ РФ. 2017. № 20. Ст. 2901.

успешно реализуется мощная государственная программа «Информационное общество»², принята Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 года³, действует специальное законодательство о цифровых финансовых активах⁴. Это создает предпосылки внедрения цифровых технологий в жизнь. Процесс идет нелегко, в каждой сфере приходится соприкасаться с большим потоком документации, включая нормативно-техническую. В связи с существенной ролью такого рода документации ее модернизация насущно необходима. Однако одни акты изменяются очень быстро без взаимной связи, другие, напротив, явно задерживаются, поэтому следует стремиться к их системной модернизации.

Заметной тенденцией последнего времени является правовое оформление технических норм. Зарубежное законодательство существенно продвинулось в этом направлении: в Южной Корее принят Закон о содействии развитию и распространению умных роботов (2008), в Европейском Союзе действует акт о регулировании отношений в сфере робототехники (2017)⁵, Законом Республики Беларусь от 17.07.2018 № 130-З «О нормативных правовых актах» введено понятие технического нормативного правового акта. Отечественное правоведение также все больше занимает решение таких вопросов, как юридическая сила нового документа, нового правового акта, именуемого техническим либо электронным. Но главная проблема заключается в том, чтобы найти место этому новому виду решений, новому виду правового акта в системе нормативной правовой регуляции.

Происходят изменения в отношениях между человеком и новыми техническими устройствами, отражающиеся в статусах и государственных органов, и отдельных работников. Если раньше каждый отвечал за свой участок, самостоятельно, наблюдал, корректировал, использовал информацию, принимал решение, то теперь появился своеобразный партнер, робот, который выполняет одни операции самостоятельно, другие под контролем человека либо наоборот. Вследствие этого актуализируется вопрос о том, какие виды решений теперь целесообразно постепенно переводить в режим использования электронных технологий, а какие традиционно останутся предметом деятельности государственных органов и всех институтов публичной вла-

² Постановление Правительства Российской Федерации от 15.04.2014 № 313 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное общество» // СЗ РФ. 2014. № 18. Ст. 2159.

³ Указ Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 41. Ст. 5700.

⁴ Федеральный закон от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 31. Ст. 5018.

⁵ Резолюция Европарламента от 16.02.2017. 2015/2013(INL) P8_TA-PROV (2017)0051.

сти. Типология управленческих решений является одной из насущных академических и практических проблем, поскольку в современных электронных режимах меняются и основания их принятия, и их виды.

В логической связке с проблематикой управленческих решений выступает вопрос ответственности за ошибки или правонарушения. На этот случай можно предложить модель разделенной ответственности, когда за ошибки робота или даже ущерб, причиненный им, ответственность несут: программист, разрабатывающий программы деятельности устройства, оператор, обеспечивающий его использование и эксплуатацию, и наконец, то должностное лицо, служащий, работник, отвечающий за этот участок работы. Это своеобразный юридический феномен, где каждый несет долю бремени.

Перечисленные юридические вопросы нужно решать очень осторожно и аккуратно, находя баланс, соблюдая этапность и постепенность, поскольку новая зависимость между традиционными процессами регулирования и процессами технизации, пронизывающими все сферы жизни, не вполне освоена.

Вводя новое правовое регулирование, необходимо принимать во внимание объективные закономерности четвертой промышленной революции, включая слияние технологий, размывание традиционных границ между физическими, цифровыми и биологическими сферами [Шваб К., 2016]. При исследовании особенностей правового опосредования процессов технизации в экономической, экологической, биотехнологической сферах, обнаруживается, что неучет или слабый учет реальных процессов позволяет лишь внешне решать некоторые вопросы: акты приняты, но являются бездействующими либо имитирующими решения и т.п.

Первостепенное значение имеют понятия о динамике социально-правовых ролей человека, об адаптации гражданина, должностного лица, государственного служащего, предпринимателя, пенсионера к условиям цифровизации, создающей новое информационно-правовое пространство. Ключевой вопрос — готов ли человек пользоваться этим пространством, осваивать значительное многообразие и большие объемы информации, которые позволяют расширить спектр деятельности и лучше взвешивать возможные варианты активности. В этом же контексте проявляется потребность в диагностике рисков, сопровождающих любую человеческую деятельность. Разрабатывая различные акты и совершая юридически значимые действия, risks необходимо взвешивать заранее.

2. Цифровизация в фокусе международного права

Несомненный интерес имеет рассмотрение вопроса о соотношении цифровизации и права с точки зрения международной и внутригосударственной правовых систем.

Научно-технические достижения способствуют быстрым глобальным изменениям. В этих условиях международное право становится одним из необходимых регуляторов технологических достижений. Однако существует специфика способности международного права реагировать на эти вызовы. В частности, сфера охвата и применение международного права в отношении новых технологий подвержены ряду структурных ограничений [Rayfuse R., 2017: 500]. Международное публичное право характеризуется отсутствием единого централизованного правотворческого органа и соответственно — отсутствием иерархической правовой структуры. Кроме того, международное публичное право является «фрагментированным» правовым порядком, где высока вероятность возникновения противоречий и обусловленная этим необходимость установление правил разрешения возможных коллизий между правовыми нормами.

Международное право может служить организационным механизмом для реализации стремления стран к сотрудничеству в научно-технической сфере. Так, значительная стоимость крупномасштабных научных программ, необходимых для прогресса в различных областях человеческих знаний, поощряет совместные межгосударственные проекты и обмен информацией.

Неотъемлемую часть мировой политики в настоящее время составляет деятельность международных организаций. Они присутствуют в системе многосторонних взаимодействий, переговоров, глобальных экономических и финансовых процессов и т.п. В сентябре 2018 года Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций обнародовал Стратегию новых технологий (далее — Стратегия), в которой излагается, каким образом ООН будет поддерживать использование этих технологий для ускорения реализации Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 года и содействовать их увязке с ценностями, закрепленными в Уставе ООН, Всеобщей декларации прав человека, а также в нормах и стандартах международного права. Таким образом, перед ООН стоит сложнейшая задача: регулировать не только прошлое и настоящее развитие и развертывание технологий, но и неопределенное будущее, которое представляют эти технологии.

В соответствии со Стратегией при канцелярии Генерального секретаря учреждена Инновационная лаборатория. Задача лаборатории состоит в том, чтобы поощрять и поддерживать инновационную деятельность, обмен передовым опытом и поддерживать усилия, направленные на стимулирование поиска будущих инновационных решений и более широкое применение уже принятых решений в интересах ускоренного достижения целей устойчивого развития. В деятельность Инновационной лаборатории канцелярии Генерального секретаря также входит регулярный обмен идеями между ООН и внешними новаторами и изобретателями передовых технологий. Лаборато-

рия поддерживает текущие инициативы и обеспечивает возможности для их расширения в соответствующих случаях.

Технические характеристики новых технологий могут создать ранее не известные возможности для повышения действенности норм международного права. Можем ли мы автоматизировать международное право? Может система искусственного интеллекта также быть встроена в процесс создания международного права?

Одностороннее использование систем искусственного интеллекта различными сторонами, безусловно, сыграет роль в изменении характера дипломатии и международных переговоров в ближайшие десятилетия. Например, в 2018 году МИД Китайской Народной Республики начало использовать систему искусственного интеллекта в качестве системы поддержки стратегических решений, предоставляя своим дипломатам ряд вариантов и помощь в оценке рисков⁶. Но если такая «правовая автоматизация» возможна даже во внутренних правовых системах, сможет ли она когда-нибудь совершить скачок в сферу международного публичного права?

Во-первых, новые технологии могут использоваться для контроля за соблюдением и предотвращения нарушений международного права. Усовершенствованные компьютерные и роботизированные системы способны собирать и обрабатывать данные далеко за рамками человеческих возможностей. Они могут использоваться для документирования и анализа данных с целью выявления фактических закономерностей, влекущих возможные нарушения международного права. В настоящее время уже есть примеры, доказывающие возможность оказания существенного влияния на эффективность выполнения международно-правовых норм.

Например, в рамках Проекта помощника по защите безопасности дикой природы (Protection Assistant for Wildlife Security, PAWS) разработан и внедрен алгоритм машинного обучения, который предсказывает, где могут происходить браконьерские атаки. Используя элементы искусственного интеллекта, программа анализирует данные об известных действиях браконьеров, чтобы проложить маршруты природоохранных патрулей там, где браконьеры могут проявить преступную активность с наибольшей вероятностью. Благодаря встроенным алгоритмам машинного обучения, интеллектуальный PAWS становится все более точным инструментом по мере добавления новых сведений. PAWS основывается на концепциях и моделях теории игр, в частности игр безопасности, и обеспечивает автоматизированный подход, который генерирует эффективные и рандомизированные графики патрулирования.

Другим примером является Sentry — технология на основе искусственного интеллекта, разработанная Hala Systems, задача которой предсказывать

⁶ Available at: URL: <https://rg.ru/2018/08/02/v-kitae-sozdadut-iskusstvennyj-intellekt-dlia-diplomatov.html> (дата обращения: 17.02.2021)

удары с воздуха, позволяя гражданским лицам успеть найти убежище. Создатели Hala отмечают, что технология является коммерческим проектом, в будущем они намереваются предлагать услуги государственным и частным компаниям для мониторинга конфликтных территорий.

Во-вторых, передовые технологии могут быть использованы в расследованиях нарушений в области международного права. В контексте международного судопроизводства блокчейн можно использовать для проверки и обмена доказательствами, чтобы обеспечить преследование за международные преступления [Lebedev V.M., Khabrieva T.Y., 2019: 301–342]. Безусловно, большая часть этого анализа в настоящее время выполняется человеком, но значительную его часть можно автоматизировать или улучшить с помощью машинного обучения.

В-третьих, новые технологии могут использоваться для решения глобальных проблем. Вероятно, прогрессивный искусственный интеллект, способный анализировать информацию во всемирном масштабе, будет способствовать решению таких глобальных проблем, как изменение климата, устойчивое развитие, миграция, терроризм и вооруженные конфликты.

Для современного состояния правового регулирования искусственного интеллекта характерно распространение частных стандартов и руководств, разработанных отраслью (например, Google, Microsoft или Yandex). Корпоративное саморегулирование полезно, но оно остается добровольным и необязательным. Кроме того, частные стандарты не согласованы волей государств и подвержены влиянию различных частных интересов и ценностей. В этом контексте роль международного права и международных институтов может заключаться в координации развития регулирования, возможно, в направлении разработки согласованных международных принципов, которые бы позволили обеспечить интеграцию фундаментальных ценностей в проектирование и разработку новых технологий.

3. Юридическая личность и современные цифровые технологии

Современные технологии предлагают радикальные способы преобразования жизни, поэтому в центре дебатов оказывается вопрос, связанный с правовым определением человека. Встает вопрос, каково влияние современных научно-технических процессов на концепцию юридической личности и, наоборот, как соответствующая правовая конструкция призвана повлиять на организацию социального развития?

В частности, прогресс информационных и иных технологий обнажает новую грань проблемы различия между человеком и машиной. Процесс интеграции человеческого организма с техническими устройствами называется

киборгизацией. Киборг (сокр. от кибернетический организм) — это биологический организм, содержащий механические или электронные компоненты, машинно-человеческий гибрид [Харауэй Д., 2017: 11]. Возрастание зависимости человека от механизмов, включая замену органов механическими приспособлениями (протезами, имплантатами), создает условия постепенного превращения человека в киборга.

В правовой плоскости ключевым является решение вопросов о том, кто есть киборг и что за признаки его характеризуют, чем терапевтическая киборгизация отличается от киборгизации, направленной на биотехнологическое усовершенствование человека, и каковы допустимые границы человеко-машинного сращения?

Границу между человеком и машиной нелегко обозначить, поскольку в широком смысле любое орудие или приспособление, создаваемое и используемое человеком, можно представить как его искусственное продолжение. Для выделения уровня интеграции человеческого организма с техническими устройствами, на котором вопросы человеческой идентичности начинают выглядеть проблематичными, предложено несколько критериев: структурный, функциональный и критерий инвазивности. На основании первых двух критериев в область рассмотрения включаются только устройства, являющиеся структурными или функциональными аналогами, заместителями тех или иных органов человека [Юдин Б.Г., 2011: 18]. Еще одной мерой человеко-машинного соединения может выступать тот факт, вторгается ли приспособление в тело человека, «нарушает ли границу между тем, что находится внутри человека, и тем, что вне его» [Düwell M., Rehmann-Sutter C., Mieth D., 2008: 259].

Так, устройства, непосредственно взаимодействующие с нервной системой, могут быть неинвазивными (электроды захватывают электрическую активность мозга), малоинвазивными (электроды вставляются в периферическую нервную систему) и инвазивными (электроды имплантируются в определенные области мозга). В последнем случае в соответствии с критерием инвазивности образуется самая тесная связь между технологиями и человеческим телом (требующая хирургического вмешательства для того, чтобы поместить имплантаты в мозг или спинной мозг), вызывающая дополнительные этические и правовые вопросы [Hochberg L., Cochrane T., 2013: 235–250]. Согласно рекомендациям Европейской группы по этике в науке и новых технологиях, «имплантаты, которые не могут быть легко удалены» по степени жесткости правового регулирования приравниваются к имплантатам, используемым в военных целях⁷.

⁷ Ethical Aspects of ICT Implants in the Human Body. Opinion n. 20. European Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission. Luxembourg, 2005. Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethical-aspects-ict-implants-human-body-opinion-presented-commission-european-group-ethics> (дата обращения: 17.02.2021)

Как и все биомедицинские технологии, киборгизация может иметь двойные цели. На первых порах речь идет о поиске терапевтических возможностей: интегрированные в организм устройства могут заменить пораженные органы и восполнить образовавшиеся дисфункции. Однако по мере совершенствования технологий происходит переход от восстановительного применения к перспективе совершенствования физических и интеллектуальных способностей здорового человека, которая поднимает совершенно новые вопросы.

Разрыв между названными целями, хотя и весьма спорный, необходим для дальнейшей дифференциации правового регулирования имплантации тела. Включение в человеческое тело артефактов терапевтической направленности менее проблематично и отчасти уже охватывается правовым режимом медицинских изделий. Киборгизация, направленная на «улучшение» человека, напротив, находится в правовом вакууме, хотя, как представляется, требует больших ограничений. Упомянутые выше критерии, в частности, критерий инвазивности, могут использоваться для разграничения технологических воздействий на человека, имеющих терапевтическую направленность, и воздействий евгенического толка, направленных на его улучшение.

Несмотря на справедливость упреков в гипотетичности правовых проблем, связанных с возможным применением в будущем технологий типа симулированной реальности, суперинтеллекта, загрузки сознания, химического сохранения мозга и др., введение в живой организм искусственных имплантатов, влияющих на его функционирование, уже успешно практикуется. Высокотехнологичные имплантаты относятся к наиболее развивающимся направлениям современных биомедицинских исследований. Многие из них много лет широко используются в клинической практике, образуя тесные связи между технологиями и организмом.

Существует широкий спектр имплантатов, которые дифференцируются как с точки зрения технических характеристик и этапа реализации проекта (введенные в коммерческий оборот, находящиеся на стадии исследований или экспериментальной разработки), так и с точки зрения целей, которым они служат (терапия, диагностика, идентификация и т. д.).

Хорошо зарекомендовали себя кохлеарные и сердечные имплантаты (клапаны, кардиостимуляторы, стенты и т. п.). Проводятся исследования кардиопротеза, имплантируемого в организм человека, чтобы исключить необходимость получения органа от биологического донора или хотя бы значительно увеличить время безопасного ожидания пациентом биологического трансплантата. Есть основания полагать, что по результатам клинических испытаний искусственное сердце окажется гораздо более эффективным и безопасным, чем ксенотрансплантация, которая до недавнего

времени вызывала аналогичные надежды⁸. Параллельно идут разработки искусственного легкого — протезного устройства, которое обеспечит насыщение кислородом крови и удаление диоксида углерода из нее, взяв на себя некоторые функции биологических легких.

Самыми ранними устройствами, заменяющими части тела, являются протезы конечностей. Протезирование начиналось с пассивных, косметических протезов, предназначенных только для воссоздания естественного внешнего вида утерянных конечностей. Затем протезы были прикреплены к телу пациента механически, как замена отсутствующей части тела. В настоящее время много изысканий сосредоточено на их высокотехнологичных аналогах, которые интегрировано с нервными системой смогут получать тактильные сигналы и управляться непосредственно моторной корой больших полушарий мозга .

Таким образом, эти типы устройств становятся все более сложными и функциональными. Недавние успехи в области инженерных технологий выводят способность интегрировать кремний⁹ с биологической жизнью на новые уровни, а имплантируемые медицинские устройства, непосредственно взаимодействующие с мозгом, становятся обычным явлением [Tadeusiewicz R., Rotter P., Gasson M., 2012: 41–51]. Мозговые имплантаты, нейромкомпьютерные интерфейсы, транскраниальная магнитная стимуляция и транскраниальная электрическая стимуляция могут существенно влиять на эмоциональные, двигательные и когнитивные характеристики человека.

Поскольку мозг считается общим знаменателем личности и по этой причине является центром трансгуманистических амбиций, постольку использование устройств такого рода вызывает вопросы, связанные с допустимыми пределами киборгизации человека. Если идея создания и замены по медицинским показаниям большей части человеческого тела приборами, допускающими при неисправности ремонт и замену, поддерживается, то вопрос о киборгизации мозга, а тем более о полной замене его искусственной системой, более сложен. Наиболее радикальные позиции исходят из того, что сознание имеет информационную природу (функционализм) и может быть скопировано на цифровое устройство, а потому киборгизация мозга не требует правовых запретов и ограничений. Более взвешенный подход состоит в необходимости сохранения материального субстрата сознания (теория тождества и некоторые квантовые теории сознания). Хотя научное обосно-

⁸ Available at: URL: <https://iz.ru/883847/valeriia-nodelman/ia-zhdu-iskusstvennoe-serdtce-kotoroe-budet-rabotat-dolgo> (дата обращения: 17.02.2021)

⁹ Метафора возникла потому, что этот химический элемент является основой большинства современных микропроцессоров. Искусственное сердце и другие органы также изготавливаются из кремнийорганических соединений.

вание этих вопросов в первую очередь связано с дальнейшей разработкой теорий сознания, объясняющих фундаментальные проблемы отношения между ментальным и физическим, приложение к их решению методов права также необходимо.

В результате первых осторожных попыток «спецификации дизайна» мозга и поисков ответов на вопросы о том, в каком направлении расширение сознания желательно, существуют ли области сознания или мозга, которые должны затрагиваться только при серьезных психических заболеваниях или травмах головного мозга или не должны изменяться несмотря ни на что и т.п., была создана Magna Cortica — базовый набор правил разработки и внедрения технологий модификации мозга на ближайшие годы. По недвусмысленной аналогии с Великой хартией вольностей Magna Cortica — набор прав и ограничений для предотвращения потенциальных злоупотреблений в мире безудержного стремления к когнитивным улучшениям. В их число включены: право на самопознание, право на самоизменение, право на отказ от изменения, право на изменение / отказ от изменения своих детей, право знать, кто был изменен¹⁰.

С развитием возможностей интеграции человеческого тела или даже непосредственно мозга с техническими устройствами для восстановления или улучшения естественных способностей неизбежно встают вопросы относительно влияния этих изменений на идентичность таких киборгизированных существ. Самый радикальный из них формулируется следующим образом: в какой мере человек остается человеком и соответственно субъектом права в ситуации, когда его основные внешние и внутренние органы заменяются искусственными имплантатами или дополняются устройствами, усиливающими способности до уровня, недостижимого для биологически «естественной» особи?

Таким образом, одно из ключевых последствий киборгизации человека для концепции правосубъектности физического лица заключается в растущем несоответствии между биологическими критериями принадлежности к виду, с одной стороны, и набором свойств, которые определяют отношение к сущности как к юридической личности — с другой.

4. Экологический императив в условиях цифровой трансформации

Соотношение влияния цифровых технологий и права на общественные процессы на примере экологической сферы можно упрощенно представить

¹⁰ Available at: <http://www.iftf.org/future-now/article-detail/from-10yf2014-magna-cortica/> (дата обращения: 17.02.2021)

в виде трех моделей: право проигрывает; право отстает; право идет в ногу со временем.

Первая модель заключается в том, что регулятивный потенциал права оказывается менее эффективным, чем цифровые технологии; в результате совершенствование законодательства не приводит к повышению его эффективности. В свою очередь использование информационных технологий позволяет достичь целей, которые ставятся перед соответствующим нормативным правовым актом. К тому же использование цифровых технологий удобнее гражданам, нежели применение процедур, предусмотренных законодательством.

Данную модель иллюстрирует решение проблемы массовой гибели пчел при применении пестицидов и агрохимикатов для борьбы с сельскохозяйственными вредителями. Как известно, массовая гибель пчел в результате такого применения пестицидов и агрохимикатов отмечалась в 2019 году в ряде субъектов Российской Федерации. Данная проблема является многоаспектной, охватывает вопросы государственной регистрации ввозимых на территорию России пестицидов и агрохимикатов, государственного контроля над их применением и т.д. Важным аспектом является требование об обязательном информировании пчеловодов и населения при применении пестицидов и агрохимикатов. В 2020 году Республика Башкирия выдвинула законодательную инициативу: установить федеральным законом требование об обязательном информировании населения о применении пестицидов и агрохимикатов¹¹. Отметим, что на подзаконном уровне уже установлены требования информирования населения лицами, применяющими пестициды и агрохимикаты¹². Встают вопросы, нужно ли вносить изменения в федеральное законодательство, если обязательные требования, установленные СанПиНом, не обеспечивают надлежащего информирования населения, прежде всего пчеловодов. Каким образом можно повысить эффективность информирования?

По данным СМИ, в России заработала онлайн-платформа фермеров и пчеловодов, посредством которой фермеры могут оповещать пчеловодов о месте и времени использования химикатов, что позволяет предотвратить массовую гибель пчел. Ожидается, что это предотвратит массовую гибель

¹¹ Проект федерального закона № 923742-7 «О внесении изменения в статью 22 Федерального закона «О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами» (в части обязательного оповещения населения о запланированных работах по применению пестицидов и (или) агрохимикатов). Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/923742-7> (дата обращения: 17.02.2021)

¹² Постановления Главного государственного санитарного врача Российской Федерации: от 02.03.2010 № 17 «Об утверждении СанПиН 1.2.2584-10»; от 02.12.2020 № 40 «Об утверждении санитарных правил СП 2.2.3670-20».

пчел из-за неосведомленности пчеловодов о применении пестицидов. Если раньше проблему старались решить через группы в соцсетях и мессенджерах, на электронных досках объявлений, через личные контакты, то теперь создана универсальная платформа. Доступ на нее возможен с любого устройства, поддерживающего Интернет. Пчеловоду при регистрации необходимо отметить на карте, где находится пасека. Предупреждение об обработке близлежащих полей придет на электронную почту и в виде смс-сообщения¹³.

Вероятно, цифровая платформа позволит обеспечить лучшее информирование населения о применении пестицидов, чем формы информирования, предусмотренные действующим СанПиНом. В конце 2020 года принят Федеральный закон от 30.12.2020 № 490-ФЗ «О пчеловодстве в Российской Федерации», содержащий положения, касающиеся предотвращения отравления пчел пестицидами и агрохимикатами (ст. 16). Так, не позднее чем за три дня до применения пестицидов и агрохимикатов лица, ответственные за проведение таких работ, обеспечивают доведение до населения населенных пунктов, расположенных на расстоянии до 7 километров от границ запланированных к обработке пестицидами и агрохимикатами земельных участков, через средства массовой информации (радио, печатные органы, электронные и другие средства связи и коммуникации) информации о таких работах. В данной статье Закона впервые прямо предусмотрена возможность использования электронных средств связи для информирования населения, однако правовые требования об информировании населения остаются неконкретизированными.

Вторая модель, характеризующая ситуацию, когда право не успевает за развитием цифровых технологий, наиболее распространена в различных сферах правового регулирования, что обусловлено более консервативной природой права как регулятора общественных отношений. К ней, например, относится процедура оценки воздействия намечаемой хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду (далее — ОВОС), которая регламентируется приказом Госкомэкологии России от 16.05.2000 № 372 «Об утверждении Положения об оценке воздействия намечаемой хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду в Российской Федерации». В рамках процедуры ОВОС осуществляется информирование общественности о планируемой хозяйственной деятельности, могущей оказать негативное воздействие на окружающую среду.

Согласно указанному приказу информация в кратком виде публикуется в изданиях федеральных органов исполнительной власти (для объектов экспертизы федерального уровня), органов исполнительной власти субъектов

¹³ Available at: URL: specagro.ru/news/202005/v-rossii-zarabotala-onlayn-platforma-dlya-fermerov-i-pchelovodov (дата обращения: 17.02.2021)

федерации и органов местного самоуправления. Дополнительное информирование участников процесса ОВОС осуществляется по радио, телевидению, в периодической печати, через Интернет и иными способами, обеспечивающими распространение информации. Таким образом, Интернет рассматривается как вспомогательный способ информирования.

При этом в рамках процедуры ОВОС не предусмотрено размещения информации о намечаемой деятельности на сайтах органов публичной власти. Между тем в настоящее время основным способом информирования общественности стало именно размещение информации и материалов на официальных сайтах органов публичной власти, информирование посредством электронной почты, мессенджеров.

В связи с этим в нормативном акте, регламентирующем порядок проведения ОВОС, необходимо закрепить следующие положения: обязательное размещение информации о планируемой деятельности на сайтах органов публичной власти; размещение материалов ОВОС в электронном виде в общем доступе; ведение электронных реестров заявлений о проведении ОВОС; общественные обсуждения в электронном виде (не исключая и очного участия).

В качестве интересного примера, когда право идет в ногу с цифровизацией, можно привести новый формирующийся правовой институт информационных моделей в сфере проектирования и строительства, введенный в градостроительное законодательство в 2019 году. В Градостроительном кодексе Российской Федерации установлено определение понятия «информационная модель объекта капитального строительства», под которой понимается совокупность взаимосвязанных сведений, документов и материалов об объекте капитального строительства, формируемых в электронном виде на этапах выполнения инженерных изысканий, осуществления архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, эксплуатации или сноса объекта капитального строительства.

На пути внедрения информационных моделей необходимо будет решить ряд организационных и технических проблем; тем не менее можно прогнозировать, что в перспективе информационные модели получат широкое распространение в практике проектирования и постепенно полностью вытеснят проектную документацию в привычной текстовой и графической форме. Ключевое преимущество информационной модели перед традиционной проектной документацией — информационная модель сопровождает объект капитального строительства на всем протяжении жизненного цикла здания и сооружения. Поэтому можно будет отслеживать все трансформации объекта капитального строительства от его создания до сноса.

Заключение

Право сохраняет свою устойчивую роль регулятора социально-экономических и иных процессов в обществе как внутри страны, так и в международном плане. Это очень существенный механизм, который обеспечивает как стабильность, так и необходимую преобразовательную деятельность личности и публичных институтов.

С другой стороны, цифровизация и новые информационные технологии побуждают преобразовывать характер деятельности субъектов права, менять объемы их правоотношений, расширяют горизонт будущей деятельности.

При этом право активно функционирует, содействуя техническим процессам. Право — прекрасный союзник новейших технических разработок, цифровизации и информатизации в обществе.



Библиография

Боголюбов С.А. Развитие экологического права на евразийском пространстве: М.: ИНФРА-М, 2020. 432 с.

Артюхин Р.Е., Поветкина Н.А. (ред.) Новые институты бюджетного права в условиях цифровой революции. М.: Норма, 2021. 192 с.

Синицын С.А. Российское и зарубежное гражданское право в условиях роботизации и цифровизации. Опыт междисциплинарного и отраслевого исследования. М.: Инфотропик Медиа, 2020. 212 с.

Талапина Э.В., Южаков В.Н. и др.оборот данных в государственном управлении: перспективы правового регулирования. М.: Дело, 2020. 244 с.

Пилипенко А.Н. (отв. ред.) Тенденции цифровизации исполнительной власти в зарубежных странах. М.: Инфотропик Медиа, 2021. 232 с.

Харауэй Д. Манифест киборгов: наука, технология и социалистический феминизм 1980-х. М.: Ад Маргинем, 2017. 128 с.

Шваб К. Четвертая промышленная революция. М.: Эксмо, 2016. 400 с.

Энгельс Ф. Анти-Дюринг. М.: АСТ, 2019. 480 с.

Юдин Б.Г. Границы человеческого существа в мире новых технологий / Рабочие тетради по биоэтике. Вып. 12: Биоэтическое обеспечение инновационного развития биомедицинских технологий: сб. статей. М.: Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2011. С. 4–22.

Düwell M., Rehmann-Sutter C., Mieth D. The Contingent Nature of Life: Bioethics and Limits of Human Existence. Heidelberg: Springer, 2008, 373 p.

Hochberg L., Cochrane T. Implanted Neural Interfaces. Ethics in Treatment and Research. Neuroethics in Practice. Medicine, Mind, and Society / ed. by Chatterjee A. Oxford: University Press, 2013. 290 p.

Lebedev V.M., Khabrieva T.Y. (ed.) Justice in Modern World. Moscow: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 2019. 688 p.

Khabrieva T.Y. La réforme constitutionnelle dans le monde contemporain. Moscow: Nauka, 2016. 223 p.

Rayfuse R. Public International Law and the Regulation of Emerging Technologies The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology / ed. by Brownsword R. Oxford: University Press, 2017, pp. 500–522.

Tadeusiewicz R., Rotter P., Gasson M. Restoring Function: Application Exemplars of Medical ICT Implants. Human ICT Implants: Technical, Legal and Ethical Considerations. Hague: Springer, 2012, 186 p.

Khabrieva T.Y., Klishas A.A. (2021) Thematic commentary to the Law amending the Constitution of the Russian Federation of March 14, 2020 No. 1-FKZ «On improving regulation of certain aspects of the organization and functioning of public authority». Moscow: Norma, 2021. 216 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Law and Digital Transformation



Yuriy A. Tikhomirov

Professor, Center for Research, Institute of Public and Comparative Law, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: tikhomirov@izak.ru



Nikolay V. Kichigin

Center for Research, Institute of Public and Comparative Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ecology@izak.ru



Fatima V. Tsomartova

Senior Researcher, Department of Social Legislation, Institute of Public and Comparative Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: social3@izak.ru



Sayana B. Balkhaeva

Leading Researcher, Department of Public International Law, Institute of Public and Comparative Law, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow, 117218, Russian Federation. E-mail: foreign1@izak.ru



Abstract

The coexistence of the phenomena of digitalization and law determines their mutual influence and actualizes the scientific task of studying the impact that manifests itself in relation to each other and the changes that it causes. The technicalization of society contributed to its further development, its goals and directions were largely determined by public and other social institutions, including law. In the modern period, digitalization is in the same vein of combining social and technical mechanisms for managing processes in society, moreover, in a wide socio-economic context and in connection with the

implementation of the state's strategic national goals. A noticeable influence of similar phenomena and processes is observed in foreign countries. These circumstances predetermine the challenges for the law. The article presents an attempt to consider the legal problems of digitalization from the point of view of a comprehensive, cross-sectoral and systems analysis, which made it possible to overcome the excessive specialization of legal sciences' branches, keep in mind the dynamics of the relationship between national and international law and also take into account the context of the achievements of other social sciences. New digital technologies fill the functional impact of law with new content, which, firstly, is reflected in the dynamically developing sectoral legislation, and secondly, in a concentrated form it is manifested in the formation of general regulatory legal acts that create the basis for digitalization. Digitalization transforms the nature of the activities of legal entities and the volume of their legal relations, generates new forms of making managerial decisions and responsibility for their failure, problematizes the legal nature of a technical (electronic) legal act and its place in the system of normative legal regulation, raises the question of the possibilities and limits of automation of law. As a result of the study, the authors come to the conclusion that in the context of the digital transformation of the economy, social sphere and governance law retains its stable role as a regulator of socio-economic and other processes in society, ensuring both sustainable stability and the necessary transformative activities of people and public institutions.



Keywords

digitalization; national law; international law; industry legislation, digital law; technical (electronic) regulatory legal act; digital rights; automation of law; subject of law; legal liability.

For citation: Tikhomirov Y.A., Kichigin N.V., Tsomartova F.V., Balkhaeva S.B. (2021) Law and Digital Transformation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–23 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.4.23



References

- Artyukhin R.E., Povetkina N.A. (eds.) (2021) *New institutions of budgetary law and digital revolution*. Moscow: Norma INFRA-M, 192 p. (in Russian)
- Bogolyubov S. A. (2020) *The development of environmental law in Eurasia: A monograph*. Moscow: INFRA-M, 432 p. (In Russian)
- Düwell M., Rehmann-Sutter Chr., Mieth D. (2008) *The Contingent Nature of Life: Bioethics and Limits of Human Existence*. Heidelberg: Springer, 373 p.
- Engels F. (2019) *Anti-Dühring*. Moscow: AST, 480 p. (in Russian)
- Haraway D. (2017) *A Cyborg Manifesto*. Moscow: Ad Marginem Press, 128 p. (in Russian)
- Hochberg L., Cochrane T. (2013) Implanted Neural Interfaces. Ethics in Treatment and Research. *Neuroethics in Practice. Medicine, Mind, and Society*, ed. by Chatterjee A., Farah M. Oxford University Press, 290 p.
- Khabrieva T.Y. (2016) *La réforme constitutionnelle dans le monde contemporain*. Moscow: Nauka, 223 p.
- Lebedev V.M., Khabrieva T.Y. (ed.) (2019) *Justice in the Modern World: monograph*. Moscow: The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 688 p.

Pilipenko A.N. (ed.) (2021) *Trends in digitalizing executive power in foreign countries*. Moscow: 232 p. (in Russian)

Rayfuse R. (2017) Public International Law and the Regulation of Emerging Technologies. *The Oxford Handbook of Law, Regulation, and Technology*. Brownsword R., Scotford E., Yeung K. (eds.) Oxford University Press, pp. 500–522.

Schwab K. (2016) *The fourth industrial revolution*. Moscow: Eksmo, 40 p. (in Russian)

Sinitsin S.A. (2020) *Russian and foreign civil law in the conditions of robotics and digitalization. A case of interdisciplinary research*. Moscow: Infotropik, 212 p. (in Russian)

Stepanenko D. (2016) With a wave of thought. *Populyarnaya mekhanika*, no 2, pp. 26–27. (in Russian)

Talapina E.V., Yuzhakov V.N., Dvinskikh D.Yu., Efremov A.A., Cheresghneva I.A. (2020) *Data circulation in state management: perspectives of legal regulation*. Moscow: Delo, 244 p. (in Russian)

Tadeusiewicz R., Rotter P., Gasson M. (2012) *Restoring Function: Application Exemplars of Medical ICT Implants. Human ICT Implants: Technical, Legal and Ethical Considerations*. Hague: Springer, 186 p.

Yudin B.G. (2011) Borders of human existence in the world of new technology. *Rabochie tetradi po bioetike* Tischenko P.D. (ed.). Moskovskiy gumanitarniy universitet, pp. 4–22 (in Russian)

Электронное взаимодействие и цифровые технологии в корпоративном управлении акционерным обществом в России



А.В. Габов

Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, член-корреспондент РАН, доктор юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: gabov@igpran.ru



Аннотация

Статья посвящена ключевым вопросам развития правового регулирования электронных форм взаимодействия участников корпоративных отношений в России. Автор последовательно рассматривает развитие законодательства и практики его применения с середины 1990-х гг. до настоящего времени. Отдельно рассмотрено влияние чрезвычайного законодательства, созданного для целей противодействия распространению коронавирусной инфекции в 2020 г. Автор подробно анализирует материалы Банка России, различные политико-правовые установки. Впервые в специальной литературе показана корреляция развития электронных форм взаимодействия в частных и публичных отношениях. Рассмотрены внесенные в Государственную Думу законопроекты, направленные на развитие правового регулирования удаленного (дистанционного) взаимодействия участников корпораций и гражданско-правовых сообществ. Цель исследования — сформулировать основные направления развития правового регулирования, основанные на анализе опыта развития законодательства, в том числе регулирующего публичные отношения. Для реализации этой цели в первой части исследования (введение) показан традиционный подход к проведению корпоративных действий, оценены его недостатки и преимущества; во второй части показаны первые попытки (2000-х гг.) включать элементы электронного взаимодействия в нормативные правовые акты; в третьей части исследования показано радикальное изменение подходов законодателя к регулированию в 2010-х гг.; даны оценки состоянию регулирования на конец 2019–начало 2020 гг. (перед началом пандемии); в четвертой части коротко рассмотрены основные законопроектные инициативы, внесенные в повестку дня Государственной Думы, дана оценка предлагаемых правовых решений, сформулированы предложения автора в части направлений регулирования. Делается вывод о целесообразности использования электронных форм взаимодействия в деятельности всех юридических лиц (как корпоративных, так и унитарных, а также различных гражданско-правовых сообществ); указывается на необходимость корреляции частноправового и публично-правового регулирования.



Ключевые слова

корпоративное управление, акционерное общество, электронное голосование, дистанционное голосование, бюллетень для голосования, права акционеров, коронавирусная инфекция, ограничения.

Для цитирования: Габов А.В. Электронное взаимодействие и цифровые технологии в корпоративном управлении акционерным обществом в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 24–64.

УДК: 346.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.24.64

Введение

Отечественное законодательство об акционерных обществах новейшего времени (Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об акционерных обществах) в его первоначальной редакции не признавало возможности использования электронных средств связи для взаимодействия акционерного общества и акционера. Закон не указывал и на использование технических средств для подсчета голосов акционеров; аналогичным образом это распространялось на отношения внутри коллегиальных органов акционерного общества (совета директоров (наблюдательного совета), правления и иных коллегиальных органов).

Закон об акционерных обществах в части собрания акционеров предусматривал традиционную форму общего собрания в виде «совместного присутствия» (ст. 50, 55); акционеры или их представители могли осуществлять волеизъявление поднятием рук (регистрационных карточек или иных документов (т.е. волеизъявление осуществлялось открыто) или путем заполнения бюллетеней с заранее поставленными вопросами (в некоторых случаях голосование бюллетенями было обязательным) и опускать такие бюллетени в ящики (коробки) для последующей их передачи счетной комиссии (т.е. проводить тайное голосование). Совместное присутствие предполагало помещение, в котором собирались акционеры и их представители, систему их регистрации, регламент собрания. Указанный традиционный способ собрания акционеров имел преимущества — личный контакт акционеров и руководителей акционерных обществ (что, вне всякого сомнения, важнее для первой группы лиц).

Однако он имел и недостатки. Основной из них — значительные расходы акционерного общества на проведение собрания (арендная плата, почтовые и иные расходы); для акционеров, не находящихся в месте проведения собрания, такой способ означал дорожные расходы. Проблемы могли воз-

никнуть с голосованием путем заполнения бюллетеней, которые при неправильном оформлении могли быть не учтены, признаны недействительными.

Еще один недостаток собрания в форме совместного присутствия — возможность манипуляций с фактическим доступом акционера или его представителя к месту собрания (отказ или создание затруднений при регистрации, заполнение зала лицами для невозможности прохода в зал акционеров и пр.) или, напротив, создание ситуации, влекущей необходимость удаления акционера (представителя) с собрания с последующим использованием этого факта для давления на акционерное общество¹.

Аналогичный способ, только именуемый «заседанием» (т.е. совместным присутствием группы физических лиц в одном месте и в одно время для достижения определенной цели), был предусмотрен как форма деятельности совета директоров (наблюдательного совета) (ст. 68 Закона об акционерных обществах) и коллегиального исполнительного органа акционерного общества (ст. 70 Закона об акционерных обществах). Помимо совместного присутствия Закон (ст. 50) предусматривал еще одну форму принятия решения общим собранием акционеров (как органом акционерного общества) — проведение заочного голосования (опросным путем), осуществляемую путем направления бюллетеней письмами акционеров в адрес акционерного общества (в зарубежном праве такая форма называется *voting by mail* («distance voting»)) [Kraakman R., Armour J. et al., 2017: 58]).

Аналогичная форма принятия решений — заочное голосование — предусматривалась и для принятия решений советом директоров (наблюдательным советом) акционерного общества (ст. 68 Закона об акционерных обществах). При этом порядок такого принятия решений мог быть установлен внутренним документом акционерного общества; соответственно, для данного органа формы заочного голосования (волеизъявления) могли носить более гибкий характер (к примеру, бумажная форма могла отсутствовать).

1. Первые попытки включения элементов электронного взаимодействия в нормативные акты

Впервые о возможности и целесообразности использования электронных средств связи для обмена сообщениями между акционером и акционерным обществом, а также между членами иных органов управления между собой и акционерным обществом было указано в Кодексе корпоративного поведения².

¹ Такую возможность описывает известный специалист по противодействию рейдерским захватам П.Г. Сычев [Сычев П.Г., 2011: 30–34].

² Распоряжение ФКЦБ России от 04.04.2002 № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения».

Во-первых, Кодекс корпоративного поведения рекомендовал (п. 1.1.3) предусмотреть в уставе акционерного общества использование электронной формы сообщения о проведении общего собрания в качестве дополнительного способа оповещения акционеров. Что понималось под «электронной формой сообщения», документ не раскрывал.

Во-вторых, документ рекомендовал (п. 1.3.5) предоставлять акционерам (с закреплением ее в уставе) дополнительную возможность знакомиться с информацией к собранию акционеров посредством электронных средств связи, в том числе посредством сети Интернет.

Помимо отнесения к таким средствам Интернета, детализации понятия «электронных средств связи» не приводилось.

В-третьих, в части организации деятельности совета директоров (наблюдательного совета) Кодекс корпоративного поведения рекомендовал (п. 4.5.3) предусмотреть во внутренних документах наиболее приемлемые для членов совета форму уведомления о заседании и порядок направления (предоставления) информации (в том числе посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи).

Последние две рекомендации с точки зрения их реализации (несмотря на отмеченные выше замечания) не вызывали вопросов: не было проблем в том, чтобы разместить информацию о собрании акционеров в Интернете (на сайте акционерного общества или специализированном сайте, размещающем информацию такого характера), равно как и закрепить положение о том, что уведомления и материалы к заседанию направляются члену совета директоров (наблюдательного совета) посредством различной связи.

С реализацией первой рекомендации могли быть трудности. Их создавала неясность в части того, что такое «электронная форма сообщения». Кроме того, даже если такое понятие раскрывалось бы в документах акционерного общества, все равно для реализации такого способа оповещения (пусть и как дополнительного) требовалось как минимум специальные возможности у акционера (электронной почты, факса и пр.); даже указание на такое сообщение как размещение соответствующей информации в сети Интернет в то время (2002 г.) могло не иметь никакого значения для большой группы акционеров — физических лиц пожилого возраста, ставших акционерами по итогам приватизации начала 1990-х годов. Отметим и то, что в Законе об акционерных обществах такого способа коммуникации (электронного) закреплено не было³; для физических лиц — акционеров действовавшее на

³ К примеру, слово «электронная» (применительно к почте) впервые появилось в Законе об акционерных обществах в 2008 г. (Федеральный закон от 30.12.2008 № 315-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации»), когда в ст. 15 Закона об акционерных обществах было внесено положение о том, что в описании порядка и условий заявления

момент появления Кодекса Положение о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг (утверждено постановлением ФКЦБ России от 02.10.1997 №27) не требовало в качестве обязательного реквизита анкеты зарегистрированного лица электронной почты (номера факса), а для юридических лиц «электронный адрес» требовался только при его наличии (как и номер факса). Электронный обмен между акционером и акционерным обществом вообще специальным образом не регулировался⁴.

Тем не менее в том же 2002 г. ФКЦБ России (Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров⁵) в части дополнительных требований к порядку подготовки общего собрания акционеров (п. 2.1, 2.4) определила, что если это предусмотрено уставом или внутренним документом акционерного общества, регулирующим деятельность общего собрания акционеров, предложения о внесении вопросов в повестку дня и предложения о выдвижении кандидатов в органы управления и иные органы акционерного общества могут быть внесены, а требования о проведении внеочередного общего собрания представлены электрической связью, включая средства факсимильной и телеграфной связи, электронной почтой с использованием электронной цифровой подписи⁶.

Как видно, Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров 2002 г. шло гораздо дальше Кодекса корпоративного поведения — допускалась возможность установления акционерным обществом (без подтверждения в бумажном

кредиторами при реорганизации в сообщении (уведомлении) о реорганизации могли дополнительно указываться для связи с обществом «адреса электронной почты». В 2009 г. принят Федеральный закон от 27.12.2009 № 352-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части пересмотра ограничений для хозяйственных обществ при формировании уставного капитала, пересмотра способов защиты прав кредиторов при уменьшении уставного капитала, изменения требований к хозяйственным обществам в случае несоответствия уставного капитала стоимости чистых активов, пересмотра ограничений, связанных с осуществлением хозяйственными обществами эмиссии облигаций». Аналогичное правило появилось в ст. 30 этого Закона в части требований к сообщению о решении об уменьшении уставного капитала и ст. 35 в части требований к содержанию уведомления о снижении стоимости чистых активов.

⁴ О таком обмене (между депозитарием и депонентом) упоминало только Положение о депозитарной деятельности в Российской Федерации (утв. постановлением ФКЦБ России от 16.10.1997 № 36) и только в виде бланкетной нормы («прием в качестве поручений документов в электронной форме допускается в случае и в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации или соглашением сторон»).

⁵ Постановление ФКЦБ России от 31.05.2002 № 17/пс.

⁶ Аналогичное регулирование было воспроизведено в 2012 г. в новом Положении о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров (утв. приказом ФСФР России от 02.02.2012 № 12-6/пз-н) (п. 2.1, 2.4, 2.5).

виде с «живыми» подписями и печатями) электронного обмена отдельными (три вида) юридически значимыми сообщениями.

Важно отметить, что в отличие от Кодекса корпоративного поведения, где использовалось не вполне понятное понятие «электронная форма сообщения», Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров 2002 г. использовало понятие «электрическая связь», тем самым «привязывая» свои нормы к терминологическому аппарату действовавшего на тот момент Федерального закона от 16 февраля 1995 г. № 15-ФЗ «О связи», в котором (ст. 2) электрическая связь (электросвязь) понималась как «всякая передача или прием знаков, сигналов, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио-, оптической и другим электромагнитным системам»⁷.

В двух документах — Кодексе корпоративного поведения и Положении о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров 2002 г. — при отсутствии единства в терминологии тем не менее были важные общие моменты: вопрос об использовании электронных средств связи для взаимодействия с акционерами отдавался на решение самого акционерного общества; документы не содержали развернутого регулирования.

Таким образом, вопрос об использовании электронных технологий взаимодействия, очевидно, находился на периферии внимания законодателя, и не являлся значимым. Это отражало тогдашнюю неразвитость электронного документооборота (здесь мы этот термин используем в широком смысле), невозможность охвата таким взаимодействием всех акционеров (в части акционеров — физических лиц такая цель была недостижима). Это отражало также недоверие к документообороту с использованием различных электронных средств, о чем говорилось позднее в различного рода программных документах.

Так, в 2010 г. в Государственной программе «Информационное общество (2011–2020 годы)»⁸, отмечалось, что «в хозяйственной жизни электронные формы взаимодействия еще не получили должного развития, в том числе из-за отсутствия уверенности в их безопасности и защищенности инфор-

⁷ Отметим, что Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров 2002 г. в определенной степени (привязка к слову «связь») некоторым образом здесь следовало терминологии ст. 38 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». В ней указывалось, что заочное голосование может быть проведено путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, обеспечивающей аутентичность передаваемых и принимаемых сообщений и их документальное подтверждение.

⁸ Утверждена распоряжением Правительства РФ от 20.10.2010 № 1815-р.

мации, недоверия к платежам в электронной форме»⁹. Шесть лет спустя — в 2016 г. — Банк России¹⁰ констатировал, что «одним из основных препятствий развития электронного взаимодействия является психологический или поведенческий барьер, обусловленный во многом неосведомленностью граждан или недостатком у них информации о возможности использования безбумажных способов совершения тех или иных финансовых операций, а также недоверие к новым формам взаимодействия»¹¹.

2. Изменения в регулировании в 2010-е гг.: от личного участия к электронному дистанционному взаимодействию

2010-е годы — период радикального (хотя не единовременного) изменения ситуации с электронным обменом информацией, главным образом в отношениях между акционером и акционерным обществом. Эти изменения в полной мере соответствовали целям и задачам, которые в тот период ставились на государственном уровне в целом в части ускоренного развития электронных форм взаимодействия на всех уровнях. К примеру, упомянутая Государственная программа «Информационное общество (2011–2020 годы)» в качестве одного из ее результатов прямо называла «взаимодействие граждан, организаций и органов государственной власти в основном в электронной форме».

Р этому времени накопилась и практика использования технических устройств для волеизъявления избирателей, в том числе электронным голосованием на выборах как в России, так и за рубежом, вполне доказавшая эффективность и безопасность такого волеизъявления [Керстинг Н., 2007: 123–144]; [Павлушкин А.В., Постников А.Е., 2009: 5–13]; [Антонов Я.В., 2015: 63–71]; [Цаплин А.Ю., 2016: 345–350]; [Матренина К.Ю., 2017: 224]; [Федоров В.И., 2017: 170–185]; [Гонтарь С.Г., 2019: 29–33]; [Закускин А.А., 2019: 277–281]; [Хамутовская С., 2019: 39–42]; [Алексеев Р.А., Абрамов А.В., 2020: 9–21]; [Григорьев А.В., 2020: 30]; [Колюшин Е.И., 2020: 25–30]; [Федоров В.И., 2020: 34–55].

⁹ Также см.: Федеральная целевая программа «Электронная Россия (2002–2010 годы)» (одна из ее последних редакций) (утв. постановлением Правительства РФ от 28.01.2002 № 65).

¹⁰ В Основных направлениях развития финансового рынка Российской Федерации на период 2016–2018 годов, одобренных Советом директоров Банка России 26.05.2016 (далее — Основные направления развития финансового рынка 2016–2018 гг.).

¹¹ Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на период 2016–2018 годов. С. 50. Available at: URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/44188/onrfr_2016-18.pdf (дата обращения: 7.02.2021)

Эти изменения учитывали тенденции в регулировании электронного участия акционеров в общих собраниях, имевшиеся в зарубежной практике — к примеру, в Евросоюзе¹² и США [Saccone F., 2010]. В Директиве ЕС 2007/36, к примеру, указывалось, что компании не должны сталкиваться с юридическими препятствиями при предложении своим акционерам каких-либо средств электронного участия в общем собрании, а голосование без личного участия в общем собрании, заочное или электронное, не должно подвергаться иным ограничениям, кроме необходимых для проверки личности и безопасности электронных сообщений¹³. Такое регулирование должно было создать акционерам максимально удобный режим [Zetzsche D.A., 2007: 66].

В 2011 г. был принят закон, который формально вопросы корпоративного управления и тем более голосования не регулировал, но сыграл большую роль в развитии электронных форм взаимодействия акционеров и акционерных обществ в будущем — Федеральный закон от 7.12. 2011 № 414-ФЗ «О центральном депозитарии». Закон установил (ст. 12), что центральный депозитарий, его клиенты (депоненты), а также лица, осуществляющие ведение реестра, обязаны при взаимодействии друг с другом осуществлять обмен информацией и документами в электронной форме.

Наиболее значительные изменения в отношении к электронному обмену информацией между акционером и акционерным обществом на политико-правовом уровне относятся к 2013 году. План мероприятий («дорожная карта») «Создание международного финансового центра и улучшение инвестиционного климата в Российской Федерации»¹⁴ в разделе, посвященном корпоративному управлению¹⁵, включал отдельный пункт (44) — «Регулирование электронных способов взаимодействия акционеров и акционерного общества». Согласно этому пункту, в 2014 г. предусматривалось установить правовые нормы (разработать проект федерального закона и иных право-

¹² См.: Directive 2007/36/ EU of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0036&from=EN> (дата обращения: 01.03.2021); Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0828&from=EN> (дата обращения: 1.03.2021)

¹³ «Companies should face no legal obstacles in offering to their shareholders any means of electronic participation in the general meeting. Voting without attending the general meeting in person, whether by correspondence or by electronic means, should not be subject to constraints other than those necessary for the verification of identity and the security of electronic communications».

¹⁴ Утвержден распоряжением Правительства РФ от 19.06.2013 № 1012-р.

¹⁵ «V. Корпоративное управление и правоприменение, включая защиту прав инвесторов, разрешение случаев неплатежеспособности, исполнение контрактов, разрешение споров на финансовых рынках».

вых актов¹⁶) «регулирования электронных способов взаимодействия акционеров и общества». Такой импульс в полной мере учитывал и значительное изменение общего отношения к электронным формам взаимодействия — резко возросла доступность Интернета, распространенность электронных устройств (компьютеров и пр.), изменился качественно состав акционеров¹⁷.

Буквально п. 44 Плана мероприятий реализован не был — специальный закон, направленный на его реализацию, не принят. Однако был принят Федеральный закон от 21.07.2014 № 218-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон № 218-ФЗ)¹⁸, которым Федеральный закон «О рынке ценных бумаг» от 22.04. 1996 № 39-ФЗ (далее — Закон о рынке ценных бумаг) был дополнен отдельной ст. 8.8 «Особенности участия в общем собрании лиц, права которых на ценные бумаги учитываются номинальным держателем». В этой статье устанавливались правила электронного взаимодействия при подготовке к общему собранию акционеров с участием эмитента (акционерного общества), акционера, номинального держателя, регистратора, центрального депозитария¹⁹, а также голосованию на нем (первый российский вариант механизма, давно известного многим право порядкам, который в исследованиях обозначают англоязычным понятием «e-proxy voting») [Новоселова Л., Медведева Т., 2017: 10–21]²⁰. Правила заключались в следующем:

Владелец ценных бумаг, а равно иное лицо, которое в соответствии с федеральным законом или его личным законом осуществляет права по цен-

¹⁶ То есть сразу предполагались два уровня регулирования — законный и подзаконный.

¹⁷ В этот период встречаются и редкие работы, в которых делаются попытки оценить возможность использования электронных технологий при осуществлении корпоративных действий [Дружинин А., 2012: 38–44].

¹⁸ Исходя из пояснительной записки к проекту Федерального закона № 359513-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О гарантировании прав застрахованных лиц в системе обязательного пенсионного страхования Российской Федерации при формировании и инвестировании средств пенсионных накоплений, установлении и осуществлении выплат за счет средств пенсионных накоплений», соответствующие изменения не планировались (Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/359513-6> (дата обращения: 30.01.2021)), что и понятно — из названия ясно, что документ разрабатывался для совершенно иных целей. Согласно Таблице поправок к проекту федерального закона № 359513-6, рекомендованных Комитетом по финансовому рынку к принятию при рассмотрении проекта во втором чтении, соответствующие изменения — внесение ст. 8.8 в Закон о рынке ценных бумаг — были предложены депутатом Государственной Думы Н.В. Бурыкиной.

¹⁹ В некоторых работах соответствующие правила названы «порядком проведения общих собраний акционеров дистанционно» [Чеховская С.А., 2016: 77].

²⁰ В сущности, и первый отечественный вариант голосования с участием посредников, который в зарубежной практике известен как «proxy voting» или «proxy voting through custodial institutions or other intermediaries» [Kraakman R., Apmour J. et al., 2017: 58–59].

ным бумагам, права на которые учитываются номинальным держателем или иностранным номинальным держателем, получали право принять участие в общем собрании владельцев ценных бумаг путем дачи указаний²¹ номинальному держателю или иностранному номинальному держателю голосовать определенным образом; такое право могло возникать только в случае, если оно было предусмотрено договором с номинальным держателем или иностранным номинальным держателем.

Эмитент ценных бумаг был вправе (а если в реестре владельцев ценных бумаг был открыт лицевой счет номинального держателя центрального депозитария, то обязан) обеспечить для владельцев ценных бумаг возможность их участия в общем собрании владельцев ценных бумаг путем направления электронного документа (электронных документов), подписанного электронной подписью (документ о голосовании).

Регистратор обязывался направлять центральному депозитарию и зарегистрированному в реестре владельцев ценных бумаг номинальному держателю информацию, содержащуюся в бюллетене для голосования, в форме электронного документа, подписанного электронной подписью.

Документ о голосовании, содержащий установленные законом сведения²², формировался номинальным держателем или иностранным номинальным держателем на основании указаний, полученных от владельца ценных бумаг и иного лица, которое в соответствии с федеральным законом или его личным законом осуществляет права по ценным бумагам. Номинальный держатель направлял сформированный им документ о голосовании, а также документы о голосовании, сформированные номинальными держателями, являющимися его депонентами, регистратору, а если такой номинальный держатель является депонентом другого номинального держателя, — такому номинальному держателю. Документ о голосовании подписывался электронной подписью.

Основной проблемой нового регулирования стало отсутствие корреспондирующих положений, обеспечивающих «работу» механизма e-proxy voting в законодательстве об акционерных обществах²³.

²¹ Буквально норма выглядела следующим образом: «лично либо путем дачи указаний»; трудно сказать, зачем она была сформулирована в таком виде, поскольку данная статья — это явно не место для описания столь фундаментального вопроса, как право участия в общем собрании владельцев ценных бумаг.

²² Документ о голосовании должен содержать сведения о владельцах ценных бумаг и об иных лицах, которые в соответствии с федеральным законом или личным законом осуществляют права по ценным бумагам, о количестве ценных бумаг, принадлежащих таким лицам, а также результаты их голосования по каждому вопросу повестки дня общего собрания владельцев ценных бумаг.

²³ Отметим, что в докладе Банка России 2014 г. «Барьеры на пути развития электронного взаимодействия на финансовом рынке» констатировалось, что «в сфере корпоративных от-

Помимо Закона № 218-ФЗ в 2014 г. появился и еще один документ, в котором была рекомендация по использованию электронного документооборота между акционером и акционерным обществом — Кодекс корпоративного управления (письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463), заменивший Кодекс корпоративного поведения 2002 г. В соответствии с Кодексом корпоративного управления 2014 г. (действует в настоящее время) предусматриваются следующие рекомендации:

сообщение о проведении общего собрания и материалы к нему направляются акционерам, права которых учитываются депозитариями (номинальными держателями), через такие депозитарии в электронной форме;

акционерным обществам рекомендовалось: обеспечить возможность акционерам, права которых учитываются в реестре, получать сообщение о проведении собрания и иметь доступ к материалам собрания в электронной форме по заявлению акционера; помимо размещения на своих сайтах в Интернете сообщения (уведомления) о предстоящем общем собрании акционеров, размещать там же материалы к соответствующему собранию;

с учетом технических возможностей «стремиться к созданию удобного для акционеров порядка направления в общество требований о созыве общего собрания, предложений о выдвижении кандидатов в органы общества и внесении предложений в повестку дня общего собрания»; при этом при определении указанного порядка рекомендовалось «использовать современные средства связи и предусматривать обмен информацией в электронном виде»;

«при наличии соответствующих технических условий создавать системы, позволяющие акционерам принимать участие в голосовании с помощью электронных средств»; в частности, рекомендовалось «в целях создания максимально благоприятных условий для участия акционеров в общем собрании... предусматривать возможность заполнения бюллетеня для голосования в электронной форме, например через личный кабинет на сайте общества в сети Интернет при условии надежности и защиты, а также однозначной идентификации (аутентификации) лиц, принимающих участие в собрании»;

акционерным обществам с большим числом акционеров рекомендовалось использовать телекоммуникационные средства для обеспечения дистанционного доступа акционеров к общему собранию (например, транслировать общее собрание акционеров на сайте акционерного общества в сети Интернет, использовать видео-конференц-связь);

ношений существенным пробелом является отсутствие законодательной базы для создания электронной системы взаимодействия акционеров с акционерным обществом». Available: URL: <https://cbr.ru/finmarkets/files/interaction/1a.pdf> (дата обращения: 07.02.2021)

для реализации принципа доступности раскрываемой информации акционерным обществам рекомендовалось использовать разнообразные каналы и способы раскрытия информации, прежде всего электронные, доступные для большинства заинтересованных лиц;

акционерным обществам рекомендовалось также «с учетом... технических возможностей... стремиться к созданию удобного для акционеров порядка направления запросов о доступе к информации и документам общества (в частности, регламентировать использование современных средств связи и обмен информацией в электронном виде)»; поставлять информацию и документы акционерам «удобным для акционеров способом и в удобной для них форме, в том числе с использованием электронных носителей информации и современных средств связи (с учетом пожеланий направивших требование о предоставлении документов и информации акционеров к форме их предоставления, подтверждению верности копий документов и способу их доставки)».

Реализация указанных рекомендаций затруднялась отсутствием законодательного регулирования вопросов электронного взаимодействия. Банк России в Обзоре практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленном на основе публичных данных, раскрытых компаниями в годовых отчетах за 2015 год, отмечал, что «большинство компаний... испытывают затруднения... с предоставлением электронных средств удаленного доступа к собраниям акционеров...»²⁴.

Электронные формы взаимодействия рекомендовалось использовать и при взаимодействии с членами советов директоров (наблюдательных советов), а именно:

«во внутренних документах... закрепить положение о том, что при проведении заседаний совета директоров в очной форме для определения наличия кворума и результатов голосования учитывается письменное мнение по вопросам повестки дня заседания члена совета директоров, отсутствующего на заседании, и определить порядок получения письменного мнения члена совета директоров, обеспечивающий его оперативное направление и получение (например, посредством телефонной или электронной связи)»;

во внутренних документах «предусмотреть форму уведомления о проведении заседания и порядок направления (предоставления) информации, обеспечивающий ее оперативное получение (в том числе посредством электронной связи), наиболее приемлемые для членов совета директоров».

²⁴ См.: Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе публичных данных, раскрытых компаниями в годовых отчетах за 2015 год. С. 17. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/24046/review_17042017.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

В 2015 г. появляются Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР. Этот документ: 1) приветствует как меру «по устранению искусственных барьеров для участия в общих собраниях акционеров» стимулирование использования «электронного заочного голосования, включая направление электронных материалов и надежные системы подтверждения голосов»; 2) отмечает необходимость широкого использования «информационных технологий в процессе голосования, включая защищенное электронное голосование во всех публичных компаниях»²⁵.

В 2015 г. принят документ, прямо не направленный на расширение электронного взаимодействия участников корпоративного управления, но оказавший воздействие их развитие — План мероприятий («дорожная карта») по развитию электронного взаимодействия на финансовом рынке²⁶. Среди целей этого документа были и такие, как «последовательное уменьшение доли бумажного документооборота на финансовом рынке», а также «создание предпосылок для устранения/отказа от бумажного документооборота на финансовом рынке».

Апогеем развития электронных способов взаимодействия акционерного общества с акционерами в 2010-х гг. стало принятие Федерального закона от 29.06.2015 № 210-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон № 210-ФЗ)²⁷. В силу этого Закона изменился механизм e-proxy voting. В частности, утратила силу ст. 8.8 Закона о рынке ценных бумаг. В Закон о рынке ценных бумаг вводилась новая норма — «Статья 8.9. Особенности осуществления прав по ценным бумагам лицами, права которых на ценные бумаги учитываются номинальным держателем, иностранным номинальным держателем, иностранной организацией».

Если ранее ст. 8.8 Закона о рынке ценных бумаг была единственной нормой, описывавшей механизм e-proxy voting, то заменившая ее ст. 8.9 Закона о рынке ценных бумаг (после принятия Закона от 29.06.2015 № 210-ФЗ) стала лишь частью (хотя и важной, основной) этого механизма. Эта статья определяет, что лицо, осуществляющее права по ценным бумагам (это акционер), если права на них учитываются номинальным держателем, иностранным

²⁵ Available at: URL: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264252035-ru.pdf?expires=1611827492&id=id&accname=guest&checksum=23DA6A3733B03278B2653E853207C9A5> (дата обращения: 28.01.2021)

²⁶ Утвержден 18.05.2015 заместителем Председателя Правительства Российской Федерации А.В. Дворковичем. Available at: URL: <http://static.government.ru/media/files/woFl5dADTluVf5jlgAmGI0vbegU74awz.pdf> (дата обращения: 07.02.2021)

²⁷ Согласно материалам законопроектной работы — Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/469229-5> (дата обращения: 01.02.2021) соответствующий законопроект не был направлен непосредственно на развитие электронного документооборота.

номинальным держателем, иностранной организацией, имеющей право в соответствии с ее личным законом осуществлять учет и переход прав на ценные бумаги, вправе²⁸ путем дачи указаний (инструкций) таким организациям²⁹: вносить вопросы в повестку дня общего собрания владельцев ценных бумаг; выдвигать кандидатов в органы управления и иные органы акционерного общества; требовать созыва (проведения) общего собрания владельцев ценных бумаг; принимать участие в общем собрании владельцев ценных бумаг и осуществлять право голоса; 5) осуществлять иные права по ценным бумагам. Организации, получив указания (инструкции), направляют сообщение, содержащее волеизъявление лица, осуществляющего права по ценным бумагам, лицу, у которого им открыт лицевой счет (счет депо) номинального держателя, в электронной форме (в форме электронных документов).

Для реализации права, предусмотренного ст. 8.9 Закона о рынке ценных бумаг, согласно изменениям, внесенным в ст. 60 Закона об акционерных обществах, получение регистратором акционерного общества сообщений о волеизъявлении лиц, которые: 1) имеют право на участие в общем собрании акционеров; 2) не зарегистрированы в реестре акционеров акционерного общества; 3) дали лицам, осуществляющим учет их прав на акции, указания (инструкции) о голосовании; 4) приравнивается к голосованию бюллетенями.

При этом, согласно изменениям в ст. 58 Закона об акционерных обществах, акционеры, которые дали лицам, осуществляющим учет их прав на акции, указания (инструкции) о голосовании, считаются принявшими участие в общем собрании акционеров, если сообщения об их волеизъявлении получены не позднее двух дней до даты проведения общего собрания акционеров или до даты окончания приема бюллетеней при проведении общего собрания акционеров в форме заочного голосования;

Закон № 210-ФЗ существенно изменил формы и способы доведения до зарегистрированных в реестре лиц информации о проведении собрания (как непосредственно до акционеров, так и при взаимодействии организаций учетной системы):

В Закон о рынке ценных бумаг введена ст. 30.3, в соответствии с которой эмитент (лицо, обязанное по ценным бумагам) обязывается предоставлять информацию, связанную с осуществлением прав по ценным бумагам, центральному депозитарию, если ему открыт лицевой счет номинального держателя центрального депозитария в электронной форме (в форме электронного документа) в порядке и форматах, установленных центральным депозитарием;

²⁸ Если это предусмотрено договором лица с такой организацией.

²⁹ По указанной статье порядок дачи указаний (инструкций) определяется договором с указанными организациями.

ст. 52 Закона об акционерных обществах пополнилась указанием, что устав акционерного общества может предусматривать иные способы доведения информации о проведении собрания, кроме направления заказных писем или вручением под роспись. Теперь допускается указание в уставе одного или нескольких из следующих способов: 1) направление электронного сообщения по адресу электронной почты соответствующего лица, указанному в реестре акционеров общества, и/или 2) направление текстового сообщения, содержащего порядок ознакомления с сообщением о проведении общего собрания акционеров, на номер контактного телефона или по адресу электронной почты, которые указаны в реестре акционеров общества, и/или 3) опубликование в определенном уставом общества печатном издании и размещение на определенном уставом общества сайте общества в Интернете либо размещение на определенном уставом общества сайте общества в Интернете³⁰.

В соответствии с Законом № 210-ФЗ предусмотрена возможность электронной регистрации участия в собрании акционеров — ст. 58 Закона об акционерных обществах указывает, что принявшими участие в общем собрании акционеров считаются:

акционеры, зарегистрировавшиеся для участия в нем, в том числе на указанном в сообщении о проведении общего собрания акционеров сайте в Интернете;

акционеры, электронная форма бюллетеней которых заполнена на указанном в таком сообщении сайте в Интернете, не позднее двух дней до даты проведения общего собрания акционеров. Для реализации указанной возможности (заполнения электронной формы бюллетеней на сайте) ст. 54 Закона об акционерных обществах предусматривает, что при подготовке к проведению собрания совет директоров (наблюдательный совет) акционерного общества обязан определить адрес Интернет-сайта, на котором может быть заполнена электронная форма бюллетеней.

В Законе № 210-ФЗ урегулированы процедуры дистанционного (с использованием различных технологий) взаимодействия при голосовании (с момента направления бюллетеня акционеру и до его получения акционерным обществом обратно), а именно:

статья 49 Закона об акционерных обществах дополнена п. 11, в соответствии с которым при проведении собрания в форме совместного присутствия

³⁰ Отметим, что в части данных положений отдельные исследователи, указывая на ограниченность использования в норме иных электронных технологий, объясняют это тем, что «между регистратором и зарегистрированными в реестре лицами отсутствуют договорные правоотношения, в то время как любое использование электронных документов при предоставлении информации акционерам требует заключения отдельного соглашения с целью придания легитимности указанным электронным документам» [Медведева Т.М., Азимова Л.В., 2020: 66–67].

акционеров могут использоваться информационные и коммуникационные технологии, позволяющие обеспечить возможность их дистанционного участия в таком собрании, обсуждения вопросов повестки дня и принятия решений по вопросам, поставленным на голосование, без присутствия в месте общего собрания акционеров. Соответствующее правило — по существу попытка перенести положения Кодекса корпоративного управления 2014 г. в закон. Попытку эту признать удачной нельзя — данное правило «оторвано» от иных положений Закона об акционерных обществах (даже терминологически). Следует отметить и то, что формулировка приведенного правила однозначно исключает возможность собрания при дистанционном электронном участии всех акционеров (их представителей) [Медведева Т.М., Азимова Л.В., 2020: 72];

согласно изменениям в ст. 60 Закона об акционерных обществах устав акционерного общества может предусматривать направление бюллетеня для голосования в виде электронного сообщения по адресу электронной почты соответствующего лица, указанному в реестре акционеров общества, при проведении общего собрания акционеров: в форме заочного голосования; публичного акционерного общества; непубличного акционерного общества с числом акционеров — владельцев голосующих акций 50 и более; иного общества, устав которого предусматривает обязательное направление или вручение бюллетеней до проведения общего собрания акционеров.

Для реализации возможности направления (получения) бюллетеня в виде электронного сообщения акционеру: ст. 54 Закона об акционерных обществах предусматривает, что при подготовке общего собрания акционеров совет директоров (наблюдательный совет) обязан определить: форму и текст бюллетеня для голосования в случае голосования бюллетенями, формулировки решений по вопросам повестки дня собрания, которые должны направляться в электронной форме (в форме электронных документов) номинальным держателям, зарегистрированным в реестре акционеров. По ст. 52 и 54 Закона об акционерных обществах при подготовке общего собрания акционеров совет директоров (наблюдательный совет) обязан определить адрес электронной почты, по которому могут направляться заполненные бюллетени (ст. 54), который должен быть указан в последующем в сообщении о проведении общего собрания (ст. 52);

введен отдельный механизм электронного голосования с использованием Интернета (далее используем англоязычный термин «e-voting»³¹). Осно-

³¹ Здесь необходимы пояснения терминологического характера. Использование термина «e-voting» для описания электронного голосования мы видим в ряде современных работ [Магдалинская Ю.В., 2020: 44–48]. Однако, когда авторы хотят подчеркнуть дистанционный характер электронного взаимодействия, вводится иной термин — «i-voting» [Батаева Б.С., 2020: 76]. Появление последнего термина не случайно. Дело в том, что в специальной литера-

вы этого механизма закреплены п. 4 ст. 60 Закона об акционерных обществах, в котором установлено, что уставом акционерного общества может быть предусмотрено заполнение электронной формы бюллетеней на сайте в сети Интернет, адрес которого указан в сообщении о проведении общего собрания акционеров. Указанные основы изложены с юридическо-технической точки зрения крайне небрежно; они составляют второе предложение этого пункта (пункт состоит из четырех предложений), которое выглядит как отдельная норма, не создающая единства с первым предложением, которое с механизмом e-voting никак не связано³².

Для реализации данного механизма ст. 54 Закона об акционерных обществах предусматривает, что совет директоров (наблюдательный совет) акционерного общества обязан определить адрес Интернет-сайта, на котором может быть заполнена электронная форма бюллетеней; ст. 52 Закона об акционерных обществах указывает, что в сообщении о проведении общего собрания акционеров должен быть указан адрес такого сайта, на котором может быть заполнена электронная форма бюллетеней, если такой способ заполнения бюллетеней предусмотрен уставом акционерного общества. Следует обратить внимание, что непосредственно данные нормы закона не конкретизируют, о каких сайтах идет речь, т.е. при принятии соответствующих положений законодатель придерживался диспозитивного подхода;

ст. 60 Закона об акционерных обществах предусматривает, что заполнение электронной формы бюллетеней на Интернет-сайте может осуществляться акционерами в ходе общего собрания, если они не реализовали свое право на участие в таком собрании иным способом. При этом не указано, что данная возможность существует только в случае, если соответствующая форма электронного голосования (заполнения электронной формы бюллетеня на сайте) предусмотрена уставом, но, видимо, это все-таки одно из условий использования такой опции, хотя об этом Закон мог указать и более ясно;

туре, посвященной использованию электронных способов волеизъявления в избирательном процессе, указывается на различия между «e-voting» и «i-voting». Под первым понимают «голосование на стационарных избирательных участках», а под вторым — собственно «дистанционное голосование при помощи технических устройств» [Федоров В.И., 2020: 35].

³² Попытку создать такую «связку» предпринял Банк России в письме от 27.05.2019 № 28-4-1/2816, что «по смыслу пункта 4 статьи 60 Закона № 208-ФЗ заполнение электронной формы бюллетеней лицом, имеющим право на участие в общем собрании акционеров, на сайте в Интернете, адрес которого указан в сообщении о проведении общего собрания акционеров, может быть предусмотрено только уставами обществ, осуществляющих направление или вручение бюллетеней, либо опубликование бланков бюллетеней в соответствии с пунктами 2 и 3 статьи 60 Закона № 208-ФЗ». Данное разъяснение уже подверглось заслуженной критике в специальных работах, отмечающих, что такое толкование значительно сужает возможности проведения общих собраний с использованием электронных технологий [Медведева Т.М., Азимова Л.В., 2020: 72].

В Законе № 210-ФЗ установлены также иные случаи электронного взаимодействия:

ст. 41 Закона об акционерных обществах дополнена положением о том, что заявление о приобретении размещаемых ценных бумаг лица, имеющего преимущественное право, может быть направлено регистратору акционерного общества в форме электронного документа, подписанного квалифицированной электронной подписью, если это предусмотрено правилами, в соответствии с которыми регистратор осуществляет деятельность по ведению реестра. Также указывается, что такими правилами может быть предусмотрена возможность подписания электронного документа простой или неквалифицированной электронной подписью;

в ст. 76 Закона об акционерных обществах внесено изменение, согласно которому требование о выкупе акций акционера, зарегистрированного в реестре акционеров общества, или отзыв такого требования предъявляются регистратору общества путем направления по почте либо вручения под роспись документа в письменной форме, подписанного акционером, а если это предусмотрено правилами, в соответствии с которыми регистратор акционерного общества осуществляет деятельность по ведению реестра, также путем направления электронного документа, подписанного квалифицированной электронной подписью; также указано, что данными правилами регистратора может быть предусмотрена возможность подписания указанного электронного документа простой или неквалифицированной электронной подписью.

В 2016 г. Банк России в Основных направлениях развития финансового рынка на 2016–2018 гг. среди мероприятий, которые должны обеспечить достижение поставленных документом целей, называет «стимулирование применения механизмов электронного взаимодействия на финансовом рынке». В 2016 г. принят документ, направленный на реализацию изменений, внесенных в Закон о рынке ценных бумаг Законом № 210-ФЗ, в части организации электронного взаимодействия эмитента — акционерного общества — и центрального депозитария. Это Положение Банка России от 1.06.2016 № 546-П «О перечне информации, связанной с осуществлением прав по ценным бумагам, предоставляемой эмитентами центральному депозитарию, порядке и сроках ее предоставления, а также о требованиях к порядку предоставления центральным депозитарием доступа к такой информации».

Изменения в Закон об акционерных обществах, внесенные Законом № 210-ФЗ в части расширения электронных форм взаимодействия при созыве, подготовке и проведении общего собрания акционеров нашли³³ раз-

³³ Банк России комментировал создание этого документа: «Основываясь на произошедших изменениях законодательства, а также принимая во внимание изменения в развитии информационных технологий с целью обеспечения комфортной реализации акционерами своих прав, принят нормативный акт Банка России, устанавливающий дополнительные тре-

витие в Положении Банка России от 16.11.2018 № 660-П «Об общих собраниях акционеров» (заменило Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров 2012 г. (далее — Положение об общих собраниях акционеров 2018 г.)) в п. 2.2, 2.5 (частично), 2.12, 2.13, 2.16 — 2.18, 3.9, 4.3, 4.7, 4.8, 4.11, 4.13, 4.33. В частности, помимо положений, которые сохраняли прежнее регулирование в части электронного взаимодействия (п. 2.1, 2.4, отдельные положения п. 2.5), появились следующие важные нормы:

внесение в повестку дня общего собрания и требование о проведении внеочередного общего собрания признаются поступившими, если они поступили от акционеров, которые (представители которых) их подписали или сообщения о волеизъявлении которых содержатся в полученном регистратором, осуществляющим ведение реестра акционеров акционерного общества, электронном документе номинального держателя, зарегистрированного в реестре акционеров общества (п. 2.2);

определена дата поступления предложения в повестку дня общего собрания или требования о проведении внеочередного общего собрания акционеров, в том числе, если несколько акционеров действуют совместно, направленных в форме электронного документа (п. 2.5, 2.12, 2.13, 2.16, 2.17);

п. 2.18 установил возможность приложения согласия кандидата на выдвижение в орган управления акционерного общества «в электронной форме в виде электронных образов документов (документов на бумажном носителе, преобразованных в электронную форму путем сканирования с сохранением их реквизитов)»;

п. 3.9 устанавливает срок, в который акционерное общество направляет регистратору формулировки решений по вопросам повестки дня общего собрания, а также бюллетени (тексты бюллетеней) для голосования с целью их направления в электронной форме (в форме электронных документов) номинальным держателям в соответствии с правилами, установленными ст. 8.9 Закона о рынке ценных бумаг;

п. 4.3 устанавливает, что если уставом общества предусмотрено заполнение электронной формы бюллетеней лицом, имеющим право на участие в общем собрании, на сайте в Интернете, в качестве такого сайта может использоваться сайт самого акционерного общества, его регистратора или

бования к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров. Нормативный акт определяет особенности участия в общем собрании акционеров, права которых на акции учитываются номинальным держателем, голосования путем заполнения электронного бюллетеня в сети Интернет, а также порядок совместной реализации акционерами своих прав». См.: Годовой отчет Банка России за 2018 год. С. 189. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/19699/ar_2018.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

центрального депозитария³⁴. Как видно из приведенного правила, подзаконным актом Банка России, в отличие от норм Закона об акционерных обществах (ст. 52. 54) ограничены сайты, которые можно использовать в рамках e-voting³⁵;

п. 4.7, 4.8, 4.11 установили особенности регистрации и присутствия на собрании. В частности, п. 4.7 устанавливает особенности регистрации лиц, участвующих в собрании, если оно проводится с возможностью заполнения электронной формы бюллетеней на Интернет-сайте: регистрация лиц, принимающих участие в собрании указанным способом, осуществляется на таком сайте, на котором заполняется электронная форма бюллетеня³⁶. Пункт 4.8 определяет, что лица, имеющие право на участие в общем собрании, проводимом в форме собрания, электронная форма бюллетеней которых заполнена на сайте в Интернете не позднее чем за два дня до даты проведения собрания, вправе присутствовать на собрании. Пункт 4.11 определяет особенности идентификации, авторизации, регистрации лиц, участвующих в собрании без присутствия в месте его проведения с возможностью заполнения электронной формы бюллетеней на Интернет-сайте;

согласно п. 4.13 перед началом обсуждения вопроса об избрании органа акционерного общества, члены которого избираются кумулятивным голосованием, до сведения лиц, присутствующих на общем собрании, должна быть доведена информация о числе голосов, отданных каждому из кандидатов, избираемых в состав органа общества кумулятивным голосованием, по бюллетеням, которые получены или электронная форма которых заполнена на сайте в сети Интернет, не позднее чем за два дня до даты собрания;

п. 4.33 требует отражения в протоколе общего собрания адреса (адресов) электронной почты, по которым направлялись (могли направляться) заполненные бюллетени для голосования при проведении общего собрания в форме заочного голосования, а также при его проведении в форме собрания, если голосование по вопросам, включенным в повестку дня собрания, могло осуществляться путем направления в общество заполненных бюллетеней.

³⁴ При этом, как отмечено в одном из писем Банка России «указанная норма не исключает возможность одновременного использования для указанных целей более одного из указанных сайтов в сети Интернет. При этом, исходя из пункта 4.7 Положения, в случае если общее собрание проводится с возможностью заполнения электронной формы бюллетеней на сайте в Интернете, регистрация лиц, принимающих участие в общем собрании указанным способом, осуществляется на сайте в Интернете, на котором заполняется электронная форма бюллетеня». См.: Письмо Банка России от 27.05. 2019 № 28-4-1/2816 // СПС КонсультантПлюс.

³⁵ Цель такого ограничения не ясна, исследователи отмечают, что при таком подходе исключено использование официальных сайтов депозитариев — номинальных держателей [Медведева Т.М., Азимова Л.В., 2020: 73].

³⁶ Также см.: Письмо Банка России от 27.05. 2019 № 28-4-1/2816.

Если собрание проводилось с возможностью заполнения электронной формы бюллетеней на сайте в Интернете — также адрес такого сайта.

Одним из направлений развития электронного взаимодействия акционерного общества и акционера стало принятие указания Банка России от 28.06.2019 №5182-У «О дополнительных требованиях к процедурам предоставления акционерными обществами документов или копий документов в соответствии со статьей 91 Федерального закона «Об акционерных обществах». Данным документом (п. 11) предусмотрена возможность направления акционером требования об информации электрической связью, включая средства факсимильной и телеграфной связи, электронной почтой, если это предусмотрено уставом или внутренним документом акционерного общества.

Последним официальным документом в «доковидную» эпоху по интересующим нас вопросам стало распоряжение Правительства Российской Федерации от 17.01.2020 №19-р³⁷. Данным документом план «Трансформация делового климата», принятый в 2019 г., был дополнен положением о необходимости подготовки предложений (в качестве формы исполнения предполагался доклад Правительству) о предоставлении «акционерным обществам возможности проведения общего собрания акционеров в форме собрания в онлайн-формате, который позволит с помощью электронных сервисов организовать онлайн-трансляцию выступлений руководителей компании, задать им вопросы, объявить кворум и результаты заочного голосования и провести удаленное голосование через личный кабинет акционера».

Информации о реализации данного пункта плана в общедоступных источниках нет; соответствующий пункт позднее не вошел в новую редакцию Плана мероприятий реализации механизма управления системными изменениями нормативно-правового регулирования предпринимательской деятельности «Трансформация делового климата» «Корпоративное управление, специальные административные районы, процедура банкротства, оценочная деятельность»³⁸.

Как видно из предыдущего изложения, к концу 2010-х гг. сложился комплекс нормативных положений, регулирующих вопросы использования электронных средств связи для взаимодействия акционерного общества и акционера как напрямую, так и через посредников—профессиональных участников рынка ценных бумаг. Этот комплекс формировался под воздействием отечественного и зарубежного опыта использования электронных

³⁷ Этим документом были внесены изменения в распоряжение Правительства РФ от 17.01.2019 № 20-р «Об утверждении плана «Трансформация делового климата» и признании утратившими силу актов Правительства РФ».

³⁸ Утвержден распоряжением Правительства РФ от 02.07.2020 № 1723-р.

технологий в избирательном процессе, зарубежного опыта и рекомендаций международных организаций по организации электронного дистанционного взаимодействия корпораций и их участников, а также программных и иных официальных документов, устанавливающих цели и задачи в области создания электронного правительства и совершенствования корпоративного управления.

Указанный комплекс включает положения, составляющие законодательство об акционерных обществах и законодательство о рынке ценных бумаг; структурно он представлен двумя федеральными законами (Закон об акционерных обществах и Закон о рынке ценных бумаг), подзаконными актами Банка России, а также отдельными разъяснениями нормативного характера данного Банка.

В результате в «доковидную» эпоху стали использоваться новые (электронные, дистанционные) формы взаимодействия акционеров и акционерных обществ; в уставы крупнейших публичных акционерных обществ были внесены необходимые изменения; для расширения возможностей стал формироваться круг сервисов³⁹, создаваемых и предоставляемых центральным депозитарием⁴⁰, профессиональными участниками рынка ценных бумаг (регистраторы)⁴¹ и IT-компаниями; с каждым годом росло число акционеров, голосовавших с использованием Интернета⁴².

К этой вполне благополучной картине есть, тем не менее, комментарии критического характера. Во-первых, в указанный период не развивалось регулирование в части использования электронных форм взаимодействия в рамках иных корпораций, а также различных гражданско-правовых сообществ (за редким исключением⁴³). Кроме Кодекса корпоративного управ-

³⁹ В отдельных работах приводятся соответствующие примеры и статистические данные [Чеховская С.А., 2018: 31–41]; [Ельникова Е.В., 2020: 60–67]; [Батаева Б.С., 2020: 74–87]; [Муратов М.В., Папин Е.Н., Возиян В.Ю., 2020].

⁴⁰ Available at: URL: <https://www.e-vote.ru/> (дата обращения: 07.02.2021)

⁴¹ Описание такого взаимодействия с использованием сервисов «личный кабинет эмитента» и «личный кабинет акционера» на примере одного из крупнейших отечественных регистраторов АО «Драга» приводится: [Лансков Д.П., Данилова С.А., 2019: 14–17].

⁴² Полной статистики по стране не существует, однако в отдельных работах приводится выборочная статистика по отдельным крупнейшим эмитентам — акционерным обществам [Батаева Б.С., 2020: 83].

⁴³ Исключениями являются: развитие с 2014 г. (Федеральный закон от 21.07. 2014 № 263-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О государственной информационной системе жилищно-коммунального хозяйства»; Федеральный закон от 29 июня 2015 г. № 176-ФЗ «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации») института заочного голосования собственников помещений в многоквартирных домах с использованием информационных систем — государственной информационной системы жилищно-коммунального хозяйства или региональной инфор-

ления не было создано правил деятельности иных коллегиальных органов акционерного общества, кроме общего собрания акционеров (совет директоров или наблюдательный совет, коллегиальные исполнительные органы и иные органы).

В указанный период активно развивались правовое регулирование и практика использования специальных технических устройств (средств подсчета голосов), электронных форм взаимодействия участников избирательного процесса (подача заявления о включении в список избирателей по месту нахождения в рамках механизма «Мобильный избиратель», дистанционного электронного голосования)⁴⁴, а также участников заседаний (включая голосование) по защитах диссертаций кандидата и доктора наук⁴⁵. Таким образом, в публичных отношениях были весьма востребованы как специальные технические средства подсчета и обработки бюллетеней, так и электронные формы взаимодействия.

Однако при всей схожести решаемых проблем (повышение активности, удешевление процесса и пр.) в публичных и частных отношениях мы не видим ни единых политико-правовых установок, ни единых подходов к решению проблем (даже используемый понятийный аппарат различен).

мационной системы в электронной форме (ст. 44, 44.1, 47.1 Жилищного кодекса РФ, а также нормативные акты субъектов Российской Федерации (к примеру, распоряжение Департамента информационных технологий Москвы от 27.02.2018 № 64-16-87/18 «Об утверждении Правил использования информационной системы проекта «Активный гражданин» при реализации пилотного проекта «Электронный дом»)); возможность применения указанных информационных систем для управления жилищным и жилищно-строительным кооперативом и товариществ собственников жилья (ст. 113, 135 Жилищного кодекса РФ). Впрочем, назвать такое регулирование ясным нельзя, а в отношении последних трех указанных субъектов Жилищный кодекс и вовсе содержит общее указание без детального описания.

⁴⁴ См.: Федеральный закон от 21.07.2005 № 93-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации о выборах и референдумах и иные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 29.05.2019 № 103-ФЗ «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва»; постановление ЦИК России от 06.07.2011 № 19/204-6 «Об Инструкции о порядке использования технических средств подсчета голосов — комплексов обработки избирательных бюллетеней 2010 на выборах и референдумах, проводимых в Российской Федерации»; постановление ЦИК России от 07.09.2011 № 31/276-6 «О Порядке электронного голосования с использованием комплексов для электронного голосования на выборах, проводимых в Российской Федерации»; Порядок дистанционного электронного голосования на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации седьмого созыва по одномандатным избирательным округам 13.09.2020, утвержденный постановлением Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 27.07.2020 № 261/1924-7 и др.

⁴⁵ В рамках локальных нормативных актов организаций, получивших право самостоятельного присуждения ученых степеней в соответствии с Федеральным законом от 23.05.2016 № 148-ФЗ «О внесении изменений в статью 4 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике»».

Во-вторых, созданное регулирование нельзя назвать оптимальным по следующим причинам:

юридико-техническое несовершенство нормативных положений. Они сложно изложены, но при этом не дают ответов на некоторые важные вопросы. Отчасти это связано с тем, что электронные формы взаимодействия законодатель попытался включить в действующие процедурные нормы Закона об акционерных обществах, не выделяя специальных положений;

не в полной мере оптимальна конфигурация указанных нормативных положений (разнесение норм между двумя законами, законом и подзаконным актом); обращает на себя внимание наличие в этой конфигурации разъяснений нормативного характера со стороны регулятора — что есть следствие отмеченного выше юридико-технического несовершенства норм;

законодатель обходит молчанием вопросы использования электронных технологий голосования акционеров на самом собрании, уделяя специальное внимание только процедурам дистанционного взаимодействия. Эту мысль выразим иначе: законодательство об акционерных обществах не разграничивает использование электронных устройств для взаимодействия (голосования прежде всего), которое может быть в месте собрания в форме совместного присутствия (как это делается в рамках избирательного процесса) и дистанционное голосование с использованием электронных устройств.

Нельзя не отметить и то, что распространение новых правил шло с трудом, что может быть иллюстрировано анализом практики корпоративного управления Банка России в части рекомендаций Кодекса корпоративного управления 2014 г. о необходимости обеспечения дистанционного доступа акционеров к собранию акционеров (принцип 1.1.6). В Обзоре практики корпоративного управления в российских публичных обществах, составленном на основе отчетов за 2016 год⁴⁶, подробных данных не приводится, а лишь отмечается, что соответствующие принципы оказались наиболее трудными для соблюдения, «как и в 2015 году».

В Обзоре практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе годовых отчетов за 2017 год⁴⁷, даю уже более подробный анализ (в части обществ, акции которых включены в котировальные списки). В частности, отмечается, что соответствующие рекомендации «соблюдается лишь некоторыми обществами»⁴⁸.

⁴⁶ См.: Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах, составленный на основе годовых отчетов за 2016 год. С. 16. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/24045/review_27122017.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

⁴⁷ См.: Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе годовых отчетов за 2017 год. С. 17–18. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/24044/review_04122018.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

⁴⁸ Отмечались следующие причины такого положения, упоминаемые акционерными обществами: отсутствие в уставах положений о возможности удаленного участия в голосо-

Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе отчетов за 2018 год⁴⁹, по выводам схож с прошлым — также отмечается, что «во многих обществах используются традиционные формы, средства и инструментарий проведения общих собраний акционеров». Схожим образом излагаются и причины этого⁵⁰. Однако появляются в позиции Банка России и новые моменты: отмечается необходимость рассмотрения вопросов использования телекоммуникационных средств в целях предоставления акционерам удаленного доступа акционеров на периодической основе⁵¹; интересно и «предсказание», что такие способы со временем распространятся: «состав акционеров общества со временем меняется; приходит новое поколение инвесторов, для которых дистанционные формы участия в собрании могут быть значительно более удобными и предпочтительными, чем традиционные. Кроме того, необходимо принимать во внимание стремительное развитие информационных технологий, в том числе и решений, предлагаемых для дистанционного участия в собрании акционеров. Они становятся дешевле, и эффект от использования таких технологий может оказаться для общества несоизмеримо значительнее затрат на их внедрение»⁵².

вани; отсутствие технической возможности удаленного голосования; невозможность обеспечить идентификацию акционеров; значительные расходы на техническое обеспечение удаленного голосования; низкая активность миноритарных акционеров в общих собраниях за прошедшие периоды; невысокий уровень информационной грамотности, технических навыков и оснащения среди отдельных групп миноритарных акционеров; привычка акционеров принимать участие в собрании «по старинке» (направление заполненных бюллетеней или присутствие на собраниях).

⁴⁹ См.: Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах (далее — Обзор), подготовленный на основе годовых отчетов за 2018 год. С. 24. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/25363/review_29112019.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

⁵⁰ «В качестве причины общества обычно ссылаются на невысокий уровень информационной и технической грамотности акционеров, отсутствие со стороны акционеров соответствующих запросов. Некоторые общества также приводят в качестве причин отказа от использования телекоммуникационных средств для предоставления акционерам возможности дистанционного участия в общих собраниях дороговизну соответствующих технологий и услуг, отсутствие у общества и (или) регистратора технической возможности для внедрения технологий удаленного доступа».

⁵¹ «Ежегодное рассмотрение советом директоров вопроса об использовании телекоммуникационных средств в целях предоставления акционерам удаленного доступа для участия в общих собраниях акционеров важно для создания максимально благоприятных условий для реализации акционерами своих прав. Безусловно, совет директоров должен соизмерять необходимость внедрения технологий дистанционного участия в общем собрании акционеров как с потребностями акционеров, так и с экономическими возможностями общества, однако это не означает, что целесообразность и возможность внедрения подобных технологий не нужно рассматривать на периодической основе».

⁵² Банк России полагал, что «следование принципу 1.1.6 Кодекса позволит совету директоров своевременно реагировать на новые потребности и запросы со стороны акционеров,

В Обзоре практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленном на основе годовых отчетов за 2019 год⁵³, Банк России отмечает положительную динамику внедрения принципа 1.1.6 «за весь период мониторинга». Отмечается следующее: «Если по итогам 2015 года о внедрении в свою корпоративную практику принципа 1.1.6 Кодекса заявило 14 обществ (17%), то в 2019 году, согласно самооценке, 31 общество (51%) полностью соблюдает указанный принцип, одним из критериев которого является рассмотрение советом директоров вопроса о предоставлении акционерам возможности дистанционного участия в общих собраниях».

3. COVID-19 как катализатор перехода к дистанционному взаимодействию участников корпоративного управления

Быстрое и повсеместное распространение коронавирусной инфекции как в России, так и по всему миру повлекло принятие органами власти различных стран ограничительных мер. В России ограничения формировались на двух уровнях: федеральном⁵⁴ и региональном⁵⁵. Соответствующие меры были разнообразны, формулировались с использованием разных понятий⁵⁶, к числу основных из которых относятся: «запрет» (массовых мероприятий и пр.); «временное приостановление» (мероприятий с очным присутствием; посещение гражданами массовых мероприятий и организаций и др.);

оценивать и применять новые технологии в процедурах взаимодействия с ними, тем самым способствуя созданию максимально благоприятных условий и возможностей для участия акционеров в управлении обществом и повышению привлекательности общества в глазах существующих и потенциальных инвесторов».

⁵³ См.: Обзор практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе годовых отчетов за 2019 год. С. 13. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/31741/review_corp_14122020.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

⁵⁴ См.: Федеральный закон от 1.04.2020 № 99-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»; Указы Президента Российской Федерации: от 2.04.2020 № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)»; от 28.04.2020 № 294 «О продлении действия мер по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)»; от 11.05.2020 № 316 «Об определении порядка продления действия мер по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения в субъектах Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)».

⁵⁵ Самый известный пример — Указ Мэра Москвы от 5.03.2020 № 12-УМ «О введении режима повышенной готовности» // СПС Консультант Плюс.

⁵⁶ В Указе Президента Российской Федерации от 2.04.2020 они в целом обозначены как «ограничительные и иные мероприятия».

наложение дополнительных обязанностей (использование средств индивидуальной защиты; «соблюдение режима самоизоляции», «социального дистанцирования» и пр.); «ограничение» («не покидать места проживания (пребывания)»); установление особого порядка передвижения на соответствующей территории лиц и транспортных средств и пр.); приостановление действия права («приостановление действия всех проездных билетов» и др.).

Характер и виды ограничений сразу же обнаружили, что осуществление корпоративных действий — таких, как собрания акционеров в прежнем режиме, — в форме общего совместного присутствия будет в данный период невозможно или крайне затруднительно. Государство было вынуждено принимать специальные правовые решения в виде экстраординарного характера федеральных законов⁵⁷:

Федеральный закон от 18.03.2020 №50-ФЗ «О приобретении Правительством Российской Федерации у Центрального банка Российской Федерации обыкновенных акций публичного акционерного общества «Сбербанк России» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон № 50-ФЗ);

Федеральный закон от 7.04.2020 №115-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части унификации содержания годовых отчетов государственных корпораций (компаний), публично-правовых компаний, а также в части установления особенностей регулирования корпоративных отношений в 2020 году и о приостановлении действия положений отдельных законодательных актов Российской Федерации» (далее — Закон № 115-ФЗ), часть положений которого была разъяснена письмом Банка России от 9.04.2020 №ИН-06-28/54 «О проведении годовых общих собраний и распределении прибыли в 2020 году»;

Федеральный закон от 31.07.2020 № 297-ФЗ «О внесении изменений в статью 12 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части унификации содержания годовых отчетов государственных корпораций (компаний), публично-правовых компаний, а также в части установления особенностей регулирования корпоративных отношений в 2020 году и о приостановлении действия положений отдельных законодательных актов Российской Федерации».

Юрико-техническая сторона принятых решений в отдельных случаях оставляла желать лучшего⁵⁸, однако нужно делать скидку на чрезвычайный

⁵⁷ Обзор отдельных мер также см.: Обзор Банка России практики корпоративного управления в российских публичных обществах, подготовленный на основе годовых отчетов за 2019 год. С. 8–9. Available at: URL: http://www.cbr.ru/collection/collection/file/31741/review_cogr_14122020.pdf (дата обращения: 07.02.2021)

⁵⁸ К примеру, если ст. 2 Закона № 50-ФЗ устанавливала общее правило о том, что собрания акционеров, повестка дня которого включает вопросы, указанные в п. 2 ст. 50 Закона об

характер соответствующих правовых решений, обусловленный аналогичным характером обстоятельств, вызвавших их появление, а также на формирование нового регулирования в сжатые сроки.

Основные положения предлагавшихся мер заключались в изменении сроков проведения годовых общих собраний акционеров в 2020 г. и устранении ограничений для принятия всех решений годовыми общими собраниями заочным путем (ст. 11 и 12 Закона № 115-ФЗ). Обращает на себя внимание, что ни в одном из указанных законов не делалась попытка стимулировать использование электронных дистанционных форм взаимодействия участников корпоративных отношений (акционера и акционерного общества, членов коллегиальных органов управления) для преодоления возникших чрезвычайного характера обстоятельств и/или создать новое, и/или усовершенствовать текущее регулирование. Однако объективные обстоятельства, сложившиеся в условиях распространения коронавирусной инфекции и действия ограничительных мер, направленных на предотвращение ее распространения, привели к кратному росту использования дистанционных электронных форм взаимодействия при проведении общих собраний акционеров в 2020 г.⁵⁹ Очевидно, что широкий опыт использования дистанционного электронного взаимодействия, полученный акционерными обществами и их акционерами в 2020 г. (ограничения (их часть) сохраняются и в 2021 г.), уже не вернет прежнего представления о корпоративных действиях как собраниях (заседаниях), проводимых группой лиц, собирающихся в одном месте и в одно время и использующих для волеизъявления поднятие рук.

Дело не только в том, что это позволяет проводить корпоративные действия в условиях эпидемиологической обстановки, но и в другом: развитие технологий сделало дистанционное электронное взаимодействие удобным участникам корпоративных отношений и гораздо менее затратным.

Электронные технологии, дистанционное участие в собраниях (заседаниях), полностью виртуальные собрания — будущее корпоративных действий. Поэтому целесообразно рассмотреть сущность электронных и дистанцион-

акционерных обществах, в 2020 году по решению совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества может быть проведено в форме заочного голосования, то ст. 11 Закона № 115-ФЗ (при неизменности предыдущего правового решения) приостанавливала до 31.12.2020 включительно действие указанной нормы.

⁵⁹ Полной статистики нет, однако именно кратность роста показывают данные, которые приведены в общедоступных информационных материалах центрального депозитария (небанковской кредитной организации акционерного общества «Национальный расчетный депозитарий») — презентации «Сервис электронного голосования e-voting: преимущества использования в новых условиях», сделанной 22.12.2020. Available at: URL: <https://www.nsd.ru/upload/docs/conf/2020-12-22/preim.pdf> (дата обращения: 07.02.2021). Available at: URL: <https://www.nsd.ru/publications/meropriyatiya/vebinary/vebinar-dlya-klientov-nrd-servis-elektronnogo-golosovaniya-e-voting-v-novykh-usloviyakh-itogi-goda-i/> (дата обращения: 07.02.2021)

ных форм взаимодействия, то, какие выдвинуты законодательные инициативы в этой сфере, и то, как эти формы целесообразно институционализировать в отечественном законодательстве.

4. Электронные и дистанционные формы взаимодействия и перспективы их развития в корпоративном праве

Анализ литературы дает основание для выводов, что использование электронных и дистанционных технологий в корпоративном управлении — это в какой-то мере следствие эволюции избирательных технологий. В.И. Федоров отмечает, что «изучение мирового опыта автоматизации голосования позволяет выявить схожие и особенные характеристики выборных устройств, различные принципы их работы, которые свидетельствуют о существовании трех больших проектов по автоматизации голосования и подсчета голосов: механический (IV в до н.э.–1960-е гг.); электронно-стационарный (1960-е гг. — настоящее время); электронно-дистанционный (1996 г. — настоящее время)» [Федоров В.И., 2020: 40]. Отчасти использование в российском законодательстве электронных технологий взаимодействия акционеров и акционерных обществ есть следование образцам зарубежного регулирования (директивы ЕС 2007/36 и 2017/828).

При анализе вопроса о технологиях, использовавшихся в избирательных процессах, будет очевидно, что нельзя ставить знак равенства между понятиями «дистанционное» и «электронное» голосование. Электронное голосование может осуществляться в месте проведения выборов, но с использованием специальных устройств. Дистанционное голосование — голосование лица, не присутствующего в месте мероприятия. Можно предположить, что такое разграничение находится в основе современных правовых решений при изменении отечественного законодательства о выборах⁶⁰. Однако указанные правовые решения в части дистанционного электронного голосования нельзя назвать окончательно сформированными. Достаточно сказать, что в нормативных актах есть, к примеру, несколько определений электронного голосования⁶¹. Причем дальнейшее развитие будет, очевидно,

⁶⁰ Отметим, что в Федеральном законе от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» дает отдельное определение (ст. 2) для «электронного голосования» (как голосования без использования бюллетеня, изготовленного на бумажном носителе, с использованием технического средства) и для «дистанционного электронного голосования» (голосование без использования бюллетеня, изготовленного на бумажном носителе, с использованием специального программного обеспечения).

⁶¹ Одно дано в Федеральном законе № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (ст. 2), другое — в Фе-

идти по пути использования дистанционного электронного голосования, что показывают Основные направления развития Государственной автоматизированной системы РФ «Выборы» до 2022 года (приложение к постановлению Центральной избирательной комиссии от 30.10.2019 № 231/1727-7). К одной из задач, которую необходимо реализовать до 2022 г., данный документ относит создание цифровой платформы, на основе которой реализуется техническая возможность организации и проведения дистанционного электронного голосования с использованием личного кабинета при условии идентификации с использованием ЕСИА⁶².

Тем не менее государство сохраняет возможность и иного варианта электронного голосования — с использованием специальных технических устройств на избирательных участках (исследователи здесь говорят о разных вариантах, к примеру, опробованная технология использования комплексов обработки избирательных бюллетеней⁶³).

Строго говоря, развитие законодательства об акционерных обществах в части развития электронных и дистанционных форм взаимодействия участников корпоративных отношений могло бы идти параллельно и/или взаимосвязанно с развитием электронно-стационарных и дистанционных электронных технологий в избирательном процессе и при проведении заседаний диссертационных советов. Однако, как показывает настоящее исследование, такой корреляции нет. Мы видим явный тренд на расширение

деральном законе от 23.05.2020 г. № 152-ФЗ «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования в городе федерального значения Москве»; также имеются определения в отдельных постановлениях ЦИК России (см.: Порядок дистанционного электронного голосования на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы...», утв. постановлением ЦИК от 27.07.2020 № 261/1924-7 (п.1.2)). Содержательно они схожи, но отличия имеются. Любопытно отметить, что схожие процессы идут и в рамках законодательства о науке в части проведения заседаний диссертационных советов, хотя там используется собственная терминология — «удаленный интерактивный режим... при условии аудиовизуального контакта с участниками заседания» (см.: постановления Правительства Российской Федерации: от 26.05.2020 № 751 «Об особенностях проведения заседаний советов по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук в период проведения мероприятий, направленных на предотвращение распространения новой коронавирусной инфекции на территории Российской Федерации» (утрачивает силу с 01.08.2021); от 20.03.2021 № 426 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации и признании утратившим силу постановления Правительства Российской Федерации от 26.05.2020 № 751).

⁶² Федеральной государственной информационной системы «Единая система идентификации и аутентификации в инфраструктуре, обеспечивающей информационно-технологическое взаимодействие информационных систем, используемых для предоставления государственных и муниципальных услуг в электронной форме».

⁶³ См., к примеру: постановление ЦИК от 17.01.2018 № 129/1072-7 «Об использовании при голосовании на выборах Президента Российской Федерации технических средств подсчета голосов — комплексов обработки избирательных бюллетеней».

использования электронного взаимодействия, который был задан в рамках законодательства о выборах и законодательства о науке, но мы не видим схожих моделей. Имеется разница в понятийном аппарате, кроме того, законодательство об акционерных обществах полностью игнорирует вопрос об использовании электронных устройств при голосовании на собрании акционеров, проводимом в форме общего совместного присутствия. Основной упор изначально был сделан на электронные дистанционные формы взаимодействия.

Банк России в «Отчете об оценке фактического воздействия реализованных предложений. Корпоративное управление» (2016)⁶⁴ — предельно четко описывал потребности во введении электронного голосования (подразумевалось только голосование путем заполнения бюллетеня на сайте): предоставление возможности удаленного голосования, оптимизация операционных издержек на организацию процесса голосования, повышение прозрачности механизма голосования, дополнительная защита от мошенничества в процессе голосования. В другом документе — «Докладе для общественных консультаций «О подходах к стимулированию активности акционеров и инвесторов по участию в управлении российскими публичными акционерными обществами» (2017)⁶⁵ — Банк России предельно ясно указывал, что повышенное внимание к дистанционным формам взаимодействия вызвано потребностью повышения вовлеченности акционеров в управление обществом⁶⁶.

⁶⁴ Available at: URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/84700/ofv_corp_gov.pdf (дата обращения: 09.02.2021)

⁶⁵ Available at: URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/50695/consultation_paper_170925.pdf (дата обращения: 09.02.2021)

⁶⁶ «Следует отметить, что помимо специальных норм права и «мягкого регулирования», направленных на стимулирование участия акционеров в управлении обществом, само общество и его совет директоров также располагают определенными ресурсами по повышению вовлеченности акционеров в управление обществом и должны их задействовать. Правильная политика взаимодействия и эффективные каналы коммуникации с акционерами способны оказать существенное влияние на уровень участия миноритарных акционеров в общих собраниях и принятие ими действительно взвешенных решений, отвечающих интересам как самих акционеров, так и общества в целом. Для этого обществу необходимо не только максимально упростить доступ акционеров к информации, на основе которой принимаются решения (в том числе к обоснованиям предложенных вариантов решения), и сделать максимально комфортным для миноритарных акционеров сам процесс участия в общем собрании (например, через широкое использование современных информационно-телекоммуникационных средств и электронного голосования), но и создать у акционеров субъективное ощущение важности их участия через понимание того, что их мнение учитывается обществом при решении ключевых задач и что они влияют на принятие решений в обществе и участвуют в его управлении. Дальнейшее последовательное снижение издержек, связанных с доступом инвесторов к сервисам, позволяющим упростить участие инвесторов в управлении акционерными обществами, в частности, снижение стоимости элек-

Нельзя не отметить, что законодатель в части корпоративных отношений пока с крайней осторожностью относится к новациям в регулировании электронных форм взаимодействия — все изменения он сводит к регулированию гибридных собраний, когда электронные формы взаимодействия, установленные законом (голосование в форме направления электронного сообщения по электронной почте, дача указаний через номинального держателя в электронной форме, заполнение бюллетеня на сайте), являются лишь дополнительными возможностями к проведению собрания в форме совместного присутствия или заочного голосования. Чисто виртуальных или цифровых собраний — когда все их участники взаимодействуют электронно и дистанционно — закон не предусматривает.

С нашей точки зрения, пришло время для пересмотра действующего законодательства с целью системного изложения вопросов электронного (включая дистанционное) взаимодействия участников корпоративных отношений.

В настоящее время имеется несколько инициатив в этой области.

Во-первых, это проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» в части создания возможности проведения общих собраний акционеров в форме собрания путем совместного дистанционного присутствия для обсуждения вопросов повестки дня и принятия решений по вопросам, поставленным на голосование, с использованием информационных и коммуникационных технологий без определения места проведения (ID проекта 02/04/09-20/00107789)⁶⁷. Этот проект предлагает, что помимо совместного присутствия акционеров в месте проведения собрания, вводится еще форма «совместного дистанционного присутствия»; при этом различные гибридные формы электронного дистанционного участия также остаются допустимыми.

Во-вторых, это проект Федерального закона № 1059849-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁶⁸. Этот проект менее радикален, чем первый, в части нововведений. Основная новация — введение понятия «общее собрание акционеров с дистанционным участием» («общее собрание акционеров общества в форме собрания может проводиться с использованием информационных и коммуникационных технологий, позволяющих обеспечить возможность дистанционного участия в нем, обсужде-

тронного голосования по вопросам общего собрания акционеров, потенциально способно оказать положительное влияние на уровень активности российских акционеров».

⁶⁷ Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=107789> (дата обращения: 09.02.2021)

⁶⁸ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1059849-7> (дата обращения: 09.02.2021)

ния вопросов повестки дня и принятия решений по вопросам, поставленным на голосование»). Структурным отличием этого проекта является введение специальной статьи для таких собраний — «Особенности подготовки, созыва и проведения собрания с дистанционным участием».

В-третьих, проект Федерального закона № 1158774-7 «О внесении изменений в статью 181² части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁶⁹. Этот проект непосредственно не направлен на регулирование электронного (включая дистанционное) взаимодействия участников корпоративных отношений, его цель — ввести общие положения о возможности участия в заседании дистанционно с помощью электронных либо иных технических средств для различных гражданско-правовых сообществ.

Первые две законодательные инициативы при известных плюсах нельзя назвать оптимальными. В первую очередь отметим, что предлагаемый ими подход, изменяющий только законодательство о хозяйственных обществах (или только законодательство об акционерных обществах) является неверным в принципе. Проблема дистанционного (удаленного) электронного участия в собраниях (заседаниях) — это проблема всего законодательства о юридических лицах, и не только корпоративных, но и унитарных (там тоже есть примеры участия нескольких учредителей, а также коллегиальные (и иногда многочисленные) органы), а если смотреть шире — это проблема, актуальная для всех гражданско-правовых сообществ. Соответственно изменения должны носить системный характер, что предполагает прежде всего изменение положений ГК РФ как в части юридических лиц, так и в части гражданско-правовых сообществ. В противном случае мы получим несистемные изменения. Риски здесь очевидны:

одна часть корпоративного законодательства (законодательство о хозяйственных обществах) будет изменена, а другая часть — в отношении хозяйственных товариществ, хозяйственных партнерств, крестьянских (фермерских) хозяйств — юридических лиц, кооперативов, некоммерческих корпоративных организаций останется неизменной. Участники таких корпораций будут лишены возможности использовать информационные технологии;

возникнут необоснованные различия в части используемых понятий и правовых средств. Риски этого уже видны. Так, в 2020 г. Правительству Российской Федерации было дано поручение (Пр-354, п. 1 8)-1 и Пр-354, п. 1 8)-2 из Перечня поручений по итогам заседания Совета по развитию местного самоуправления 30.01.2020)⁷⁰, которым предусматривалось вне-

⁶⁹ Available at: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1158774-7> (дата обращения: 13.05.2021)

⁷⁰ Available at: URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/62919> (дата обращения: 22.12.2020)

сение изменений в законодательство, дающих возможность направления гражданами предложений по повестке дня общего собрания собственников помещений в многоквартирных домах в электронной форме, и голосования по ним с использованием единой цифровой платформы. Это поручение было реализовано принятием постановления Правительства от 16.01.2021 № 9 «О внесении изменений в Положение о федеральной государственной информационной системе «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)». Данным нормативным актом установлена возможность голосования собственников помещений в многоквартирном доме в заочной форме с использованием «Единого портала государственных и муниципальных услуг (функций)».

Возможность использования такой платформы (портала) — безусловно, позитивное правовое решение. Однако вопрос: почему соответствующая возможность предлагается только жильцам многоквартирных домов, а не участникам любых корпораций? Получается, что собственники помещений в многоквартирных домах будут иметь возможность электронного дистанционного голосования с использованием такой платформы (портала), а участникам акционерных обществ такой возможности будут лишены, и для них перечисленные законопроекты предполагают иные правовые решения.

Интересно, что в том же 2020 г. было сформулировано поручение более общего характера — Пр-1726ГС, п. 8 б) (из Перечня поручений по итогам расширенного заседания президиума Государственного совета 28.09. 2020)⁷¹. В соответствии с указанным поручением Правительство должно создать условия перехода преимущественно на электронный документооборот при взаимодействии граждан, зарегистрированных на указанном портале, организаций и органов власти, в том числе обеспечить формирование цифровой платформы для электронного совершения юридически значимых действий на базе инфраструктуры электронного правительства, предусмотрев возможность интеграции с указанной платформой систем электронного документооборота органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и организаций. По существу характер поручения дает возможность сформировать единую платформу и для голосования участников различных корпораций и гражданско-правовых сообществ.

Совершенно очевидно, что различные политико-правовые импульсы должны быть соотнесены между собой для создания общих условий дистанционного электронного взаимодействия участников различных юридических лиц и гражданско-правовых сообществ. Точечные изменения, которые в настоящее время предлагаются указанными проектами (будут, видимо, и

⁷¹ Available at: URL: <http://www.kremlin.ru/acts/assignments/orders/64273> (дата обращения: 11.02.2021)

иные инициативы) приведут лишь к путанице в законодательстве, «рваному» характеру его изменений, обозначению одних и тех (по целям) институтов разными понятиями.

Заключение

Идея корреляции частноправового и публично-правового регулирования электронного взаимодействия кажется весьма рациональной. Конечно, специфика избирательного процесса, защиты диссертаций останется, однако основы такого взаимодействия будут общими, понятийный аппарат унифицированным; возможно, мы будем иметь даже общие сервисы (можно их назвать модным словом «платформы») для такого дистанционного электронного взаимодействия, что, несомненно, облегчит задачи его участников. Для реализации этой идеи, впрочем, нужна концептуальная основа, а также серьезная междисциплинарного характера научно-экспертная проработка вопроса.

Применительно к изменению корпоративного законодательства, в целом, и законодательства об акционерных обществах, в частности, с нашей точки зрения, наиболее оптимальным подходом для изменения законодательства о корпорациях был бы следующий:

внесение изменений общего характера в ГК РФ, которые позволят использовать электронные формы взаимодействия участников (учредителей) юридических лиц и таких юридических лиц, а также в деятельности любых гражданско-правовых сообществ (частично это реализуется в виде проекта Федерального закона № 1158774-7 «О внесении изменений в статью 181² части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»); также следует закрепить возможность такого взаимодействия с иными участниками корпоративных процедур (кредиторами прежде всего), как это сделано в отдельных законах⁷². Затем следует подготовить общего характера законопроект, которым были бы внесены системные изменения в отдельные законы, синхронизированные в общей логике;

ГК и иные специальные законы должны предполагать возможности информационного электронного обмена по различным основаниям (сообщение о проведении собрания (заседания), доведение электронным средствами информации по рассматриваемым вопросам и пр.); использования виртуальных (цифровых) собраний (заседаний) — здесь вполне подойдет предлагаемое одним из указанных проектов понятие «совместное дистанционное присутствие», хотя возможны и варианты. Такое решение потребует тща-

⁷² См.: ст. 33 Федерального закона от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» // СПС Консультант Плюс.

тельного регулирования, причем, возможно, на первом этапе, специального регулирования подзаконными актами, в том числе в форме правового эксперимента;

различных видов голосования на смешанных (гибридных) собраниях (заседаниях), когда часть участников присутствует очно, в том числе дистанционно (онлайн), а часть участвует заочно (в том числе с использованием электронного взаимодействия): электронно-стационарного голосования; дистанционного присутствия (участия и голосования); дистанционного электронного заочного голосования;

проведение смешанных (гибридных) собраний (заседаний) должно быть урегулировано детально в каждом законе, которым оно будет предусмотрено; при этом возможность использования электронно-стационарного голосования может быть предусмотрена для использования уставом любого юридического лица с описанием того, с использованием каких технических средств оно осуществляется; для конкретных гражданско-правовых сообществ потребуются также специальное регулирование;

дистанционное электронное заочное голосование может проводиться при проведении смешанных (гибридных) собраний (заседаний): в форме заполнения электронных бюллетеней (иных документов) на специализированных электронных ресурсах (в том числе и в виде специальных платформ); в форме направления результатов волеизъявления по электронной почте; в форме голосования через систему посредников (то, что называется механизмом e-proxy voting);

для различных юридических лиц могут быть предусмотрены дифференцированные правила дистанционного электронного заочного голосования. Очевидно, что последний вариант — механизм e-proxy voting

это скорее для акционерных обществ, в которых существует система посредников — номинальных держателей. Такая сложная модель предполагает необходимость специального описания порядка регистрации и учета голосов, которая опять же будет различаться для различных видов и типов юридических лиц;

публичные акционерные общества должны по закону (а не в силу закрепления соответствующей возможности в уставе) обеспечить проведение как полностью виртуальных (цифровых) собраний, так и смешанных (гибридных) собраний акционеров. При этом Закон об акционерных обществах потребует полной переработки той его части, которая регулирует вопросы подготовки и проведения собраний, с целью системного описания как традиционных собраний, смешанных (гибридных) собраний, так и виртуальных (цифровых) собраний. Способ внесения точечных изменений, используемый в настоящее время, должен быть исключен, он ведет к неоправданному усложнению нормативного материала;

отдельного регулирования требует ситуация с осуществлением электронных форм взаимодействия тех акционеров, которые владеют акциями акционерного общества в виде цифровых финансовых активов, удостоверяющих права участия в капитале акционерного общества, выпуск которых стал возможен после принятия Федерального закона от 31.07. 2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ст. 13).

Библиография

Алексеев Р.А., Абрамов А.В. Проблемы и перспективы применения электронного голосования и технологии избирательного блокчейна в России и за рубежом // Гражданин. Выборы. Власть. 2020. N 1. С. 9–21.

Антонов Я.В. Развитие правового регулирования электронного голосования в России // Управленческое консультирование. 2015. N 5. С. 63–71.

Батаева Б.С. Развитие корпоративного управления с помощью сервисов электронного голосования // Управленческие науки. 2020. N 2. С. 74–87.

Гонтарь С.Г. Электронное голосование — новая возможность участия граждан в формировании органов власти // Государственная власть и местное самоуправление. 2019. N 4. С. 29–33.

Григорьев А.В. Конституционно-правовое регулирование использования современных информационно-коммуникационных технологий при осуществлении институтов прямой демократии в России: автореф. дисс... к.ю.н. М., 2020. 30 с.

Дружинин А. Как наиболее эффективно использовать электронные средства коммуникации при проведении ОСА? // Акционерный вестник. 2012. N 9. С. 38–44.

Ельникова Е.В. Использование цифровых технологий при голосовании на общем собрании участников (акционеров) хозяйственного общества // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2020. N 7. С. 60–67.

Жизненко О. Как электронное голосование акционеров развивается в России и мире // РБК. 2020. Available at: URL: <https://pro.rbc.ru/demo/5e2aa3819a794768c792e071> (дата обращения: 04.02.2021)

Закускин А.А. Внедрение электронных технологий в российский избирательный процесс // Вестник Марийского государственного университета. Исторические науки. Юридические науки. 2019. N 3. С. 277–281.

Керстинг Н. Электронное голосование и демократия в Европе // Полит. наука. 2007. N 4. С. 123–144.

Колюшин Е.И. Правовые проблемы дистанционного электронного голосования избирателей // Конституционное и муниципальное право. 2020. N 2. С. 25–30.

Лансков Д.П., Данилова С.А. Комплекс электронных отношений между регистраторами, эмитентами и акционерами // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2019. N 2. Спецвыпуск. С. 13–17.

Магдалинская Ю.В. Особенности правового регулирования электронного голосования акционеров (e-voting) // Информационное право. 2020. N 1. С. 44–48.

Матренина К.Ю. Становление электронного голосования на выборах в Российской Федерации и перспективы его развития (конституционно-правовое исследование) Дис. ... к.ю.н. Тюмень, 2017. 224 с.

- Медведева Т.М., Азимова Л.В. Электронные технологии в корпоративных отношениях // *Хозяйство и право*. 2020. N 9. С. 65–79.
- Мурашов М.В., Папин Е.Н., Возиян В.Ю. Электронное голосование — новый уровень // Available at: URL: <https://ao-journal.ru/> (дата обращения: 07.02.2021)
- Новоселова Л., Медведева Т. Блокчейн для голосования акционеров // *Хозяйство и право*. 2017. N 10. С. 10–21.
- Павлушкин А.В., Постников А.Е. Правовой механизм дистанционного электронного голосования (анализ возможной модели) // *Журнал российского права*. 2009. N 11. С. 5–13.
- Сычев П.Г. Новые законодательные инициативы: защита системы корпоративного управления или подарок рейдерам? // *Безопасность бизнеса*. 2011. N 1. С. 30–34.
- Федоров В.И. Электронное голосование: идея фикс или основа демократий будущего? // *Гражданин. Выборы. Власть*. 2017. N 1–2. С. 170–185.
- Федоров В.И. Проекты по автоматизации голосования в исторической ретроспективе // *Гражданин. Выборы. Власть*. 2020. N 1. С. 34–55.
- Хамутовская С. Новые технологии голосования: зарубежный опыт. Наука и инновации. 2019. N 4. С. 39–42.
- Цаплин А.Ю. Перспективы дистанционного электронного голосования в России // *Известия Саратовского ун-та. Социология. Политология*. 2016. N 3. С. 345–350.
- Чеховская С.А. Современное развитие корпоративного законодательства // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2016. N 2. С. 74–86.
- Чеховская С.А. Новые контуры корпоративного права // *Предпринимательское право*. 2018. N 3. С. 31–41.
- Kraakman R., Armour J. et al. *The Anatomy of corporate law*. Oxford: University Press, 2017. 281 p.
- Saccone F. E-Proxy Reform, Activism, and the Decline in Retail Shareholder Voting. Conference Board Director Notes No. DN-021. 2010. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1731362> (дата обращения: 01.03.2021)
- Zetzsche D. Virtual Shareholder Meetings and the European Shareholder Rights Directive — Challenges and Opportunities. 2007. CBC-RPS No. 29 // SSRN: <https://ssrn.com/abstract=996434> (дата обращения: 01.03.2021)

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Electronic Interaction and Digital Technologies in Corporate Governance of a Joint Stock Company in Russia



Alexander V. Gabov

Corresponding Member, Russian Academy of Sciences; Chief Researcher, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Russia, Moscow 119019, Russia. E-mail: gabov@igpran.ru

Abstract

The article is devoted to key issues in the development of legal regulation of electronic forms of interaction between participants in corporate relations in Russia. The author consistently examines the development of legislation and the practice of its application since the mid-1990's until present day. The impact of the emergency legislation created to counter the spread of coronavirus infection in 2020 is separately considered. The author analyzes in detail the materials of the Bank of Russia, various political attitudes. For the first time in special literature, the correlation of the development of electronic forms of interaction in private and public relations is shown. The fundamental current legislative initiatives are considered. The purpose of the study is to formulate the main directions of the development of legal regulation, based on the analysis of the experience of the development of legislation, including regulating public relations. To implement this, the first part of the study (introduction) shows the traditional approach to corporate actions, evaluates its pro and contra; then the second part of the study describes and evaluates the first attempts of the electronic Interaction and digital prospects in the 2000's, including elements of electronic interaction in legal regulations; then (in the third part) a radical change in the legislator's approaches to regulation in 2010 is shown, estimates are given of the state of regulation for the period from late 2019 to early 2020 (before the start of the coronavirus pandemic); in the fourth part of the assessment of current draft laws, as well as the author's proposals in terms of directions of regulation are formulated and argued. The main conclusion was made about the need to expand the use of electronic forms of interaction for all legal entities, as well as the correlation of private law and public law regulation.

Keywords

corporate governance; joint-stock company; proxy voting; electronic voting (e-voting; i-voting; e-proxy voting); remote voting; ballot paper; shareholders' rights; coronavirus infection; restrictions.

For citation: Gabov A.V. (2021) Electronic Interaction and Digital Technologies in Corporate Governance of a Joint Stock Company in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 24–64 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.24.64

References

- Alekseev R.A., Abramov A.V. (2020) Electronic voting and electoral blockchain technology in Russia and abroad. *Grazhdanin. Vybory. Vlast'*, no 1, pp. 9–21 (in Russian)
- Antonov Ya.V. (2015) Legal regulation of electronic voting in Russia. *Upravlencheskoe konsul'tirovanie*, no 5, pp. 63–71 (in Russian)
- Bataeva B.S. (2020) Development of corporate governance using electronic voting services. *Upravlencheskie nauki*, no 2, pp. 74–87 (in Russian)
- Chekhovskaya S.A. (2016) Modern development of corporate legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 74–86 (in Russian)
- Chekhovskaya S.A. (2018) New contours of corporate law. *Predprinimatelskoe pravo*, no 3, pp. 31–41 (in Russian)
- Druzhinin A. (2012) What is the best way to use electronic means of communication during GMS? *Aksionerniy vestnik*, no 9, pp. 38–44 (in Russian)

- Elnikova E.V. (2020) The use of digital technologies in voting at the general meeting of shareholders of a business company. *Vestnik Universiteta O.E. Kutafina*, no 7, pp. 60–67 (in Russian)
- Gontar S.G. (2019) Electronic voting — a new opportunity for citizens to participate in the formation of government bodies. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 29–33 (in Russian)
- Grigoriev A.V. (2020) Constitutional regulation of modern information and communication technologies in the implementation of direct democracy in Russia. Candidate of Juridical Sciences Summary. Moscow, 30 p. (in Russian)
- Fedorov V.I. (2017) Electronic voting: idee fixe or the foundation of future democracies?. *Grazhdanin. Vybory. Vlast*, no 1–2, pp. 170–185 (in Russian)
- Fedorov V.I. (2020) Projects for the automation of voting in a historical retrospective. *Grazhdanin. Vybory. Vlast*, no 1, pp. 34–55 (in Russian)
- Kersting N. (2007) Electronic voting and democracy in Europe. *Politicheskaya nauka*, no 4, pp. 123–144 (in Russian)
- Khamutovskaya S. (2019) New voting technologies: foreign experience. *Nauka i innovatsii*, no 4, pp. 39–42 (in Russian)
- Kraakman R., Apmour J., Davies P. et al (2017) *The Anatomy of Corporate Law*. Oxford: University Press, 281 p.
- Kolyushin E.I. (2020) Legal issues of remote electronic voting of voters. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 2, pp. 25–30 (in Russian)
- Lanskov D.P., Danilova S.A. (2019) Complex of electronic relations between registrars, issuers and shareholders. *Aktsionernoe obschestvo: voprosy korporativnogo upravleniya*, no 2, pp. 25–30 (in Russian)
- Magdalinskaya Yu.V. (2020) Legal regulation of electronic voting of shareholders (e-voting). *Informatsionnoe pravo*, no 1, pp. 44–48 (in Russian)
- Matrenina K.Yu. (2017) Formation of electronic voting in elections in the Russian Federation and the prospects for its development. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Tyumen, 224 p. (in Russian)
- Medvedeva T.M., Azimova L.V. (2020) Electronic technologies in corporate relations. *Khozyaystvo i pravo*, no 9, pp. 65–79 (in Russian)
- Murashov M.V., Papin E.N., Voziyan V. Yu. (2020) Electronic voting — a new level. Available at: URL: <https://ao-journal.ru/> (accessed: 7.02. 2021) (in Russian)
- Novoselova L., Medvedeva T. (2017) Blockchain for voting by shareholders. *Khozyaystvo i pravo*, no 10, pp. 10–21 (in Russian)
- Pavlushkin A.V., Postnikov A.E. (2009) Legal Mechanism of Remote Electronic Voting (Analysis of a Possible Model). *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 5–13 (in Russian)
- Saccone F. (2010) E-Proxy Reform, Activism, and the Decline in Retail Shareholder Voting. Conference Board Director Notes DN-021. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1731362> (accessed: 1.03. 2021)
- Sychev P.G. (2011) New legislative initiatives: protection of the corporate governance system or a gift to raiders? *Bezopasnost biznesa*, no 1, pp. 30–34 (in Russian)
- Tsaplin A.Yu. (2016) Prospects for remote electronic voting in Russia. *Izvestia Saratovskogo University. Politologiya*, no 3, pp. 345–350 (in Russian)
- Zakuskin A.A. (2019) Introduction of electronic technologies into the Russian electoral process. *Vestnik Mariyskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 3, pp. 277–281 (in Russian)

Zetzsche D. (2007) Virtual Shareholder Meetings and the European Shareholder Rights Directive — Challenges and Opportunities. CBC-RPS No. 29. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=996434> (accessed: 01.03.2021)

Zhiznenko O. (2020) How electronic voting of shareholders is developing in Russia and the world. Available at: URL: <https://pro.rbc.ru/demo/5e2aa3819a794768c792e071> (accessed: 04.02.2021) (in Russian)

Стратегическое планирование в природоресурсной сфере (правовой аспект)



Е.А. Галиновская

Ведущий научный сотрудник, отдел экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул, 34. E-mail: ecology@izak.ru ; 444_45@mail.ru



М.В. Пономарев

Старший научный сотрудник, отдел экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: ecology@izak.ru; m.ponomarev@mail.ru



Аннотация

Предметом исследования статьи выступает процесс формирования инструментов стратегического планирования в сфере природопользования в Российской Федерации. Целью исследования является выявление организационных и правовых проблем формирования института государственного стратегического планирования в сфере использования и охраны природных ресурсов, а также формулирование научно обоснованных предложений по их преодолению. Исследованы основные правовые проблемы совершенствования данного института, изложены социально-экономические предпосылки и трудности развития данного института в системе государственного управления природопользованием, сформулированы предложения о модернизации концептуальных подходов и законодательного регулирования природоресурсных отношений в названных целях. Авторы используют ряд специально-юридических методов научного познания, в частности методы правового моделирования и правового прогнозирования. С позиций метода правового моделирования рассмотрена возможность экстраполяции правового инструментария, используемого в сфере стратегического планирования, на сферу использования и охраны природных ресурсов. При помощи метода правового прогнозирования выявлены основные перспективные направления развития стратегического планирования в природоресурсной сфере, предложены возможные направления совершенствования правового регулирования отношений в указанной сфере. Сделаны выводы о необходимости формулирования и закрепления принципов и подходов к государственному стратегическому управлению природными ресурсами как самостоятельному направлению государственного стратегического планирования; закрепления ряда категорий и норм, определяющих роль природных ресурсов в социально-экономическом развитии общества; разработки концепции управления использованием природных ресурсов с обеспечением координации деятельности органов государственной власти и органов местного само-

управления в данной сфере. Как в законодательстве, так и в доктрине должны быть четко определены приоритетные направления государственной политики в области природопользования. Нуждаются в развитии принципы и положения, направленные на их гармонизацию с правовыми и организационными условиями государственного стратегического управления в сфере природопользования.



Ключевые слова

планирование, государственное стратегическое планирование, природные ресурсы, рациональное использование природных ресурсов, природопользование, рациональное природопользование, природоресурсное право.

Для цитирования: Галиновская Г.А., Пономарев М.В. Стратегическое планирование в природоресурсной сфере (правовые аспекты) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 65–86.

УДК: 338; 349.6

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.65.86

Введение

Природные ресурсы — основа жизнедеятельности общества и функционирования экономики. Россия занимает несколько более 1/8 части суши и располагает 1712,5 млн. га земель, более 20% запасов пресных водных ресурсов, около 10% мирового запаса нефти, 30% запасов газа, 16% запасов угля, 32% железа. В границах государства сосредоточены 10% сельскохозяйственных и 20% лесных угодий мира. Это является одновременно и огромным потенциалом социально-экономического развития, и основанием к ответственному природопользованию. Поэтому перед российским государством и обществом стоит задача организации рационального использования природных ресурсов, составляющих достояние и народов России и всей планеты.

Нельзя сказать, что создание организационных и правовых условий, обеспечивающих охрану и рациональное использование природных ресурсов, в России завершено. Так, стоит вопрос, насколько государственно-правовая система отвечает современному общественному развитию, в какой мере она учитывает глобальные вызовы и способна решать экономические, социальные, природоохранные проблемы.

Предметом исследования выступают отношения по стратегическому планированию как инструменту обеспечения рационального использования и охраны природных ресурсов. Цель исследования — выявление проблем формирования института государственного стратегического планирования в сфере использования и охраны природных ресурсов, а также формулиро-

вание предложений по их преодолению. В качестве гипотезы исследования используется предположение о возможности применения инструментария государственного стратегического планирования для рационального использования и охраны природных ресурсов, а также совершенствования правового регулирования отношений в указанной сфере.

Известно, что возможности самоорганизации общества в том, что касается рационального природопользования и предотвращения негативного воздействия на окружающую среду, ограничены. Сокращение объемов природных ресурсов, ухудшение качества окружающей среды могут оставаться в обществе незамеченными (латентными) длительное время [Никоноров С.М., 2020: 22]. В этом смысле природопользование — социальный процесс, нуждающийся в постоянном наблюдении, управлении и регулировании. Важная роль при этом отводится публичной власти.

Мировой опыт демонстрирует, что повышение эффективности экономики сопряжено с конструктивной и направляющей деятельностью государства [Смирнова О.О., 2013: 19]. В настоящее время при обращении к различным аспектам государственного управления все чаще обсуждается механизм стратегического планирования [Бурутин А.Г., 2013: 3–6]; [Афиногенов Д.А., 2014: 13–17]; [Рыбак А.А., 2012: 14–17]. Внимание уделяется проблемам реализации инструментов стратегического планирования в природоохранной сфере [Боголюбов С.А., 2011: 2–9]; [Русин С.Н., 2014: 32–40]; [Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В., 2020: 28–42]; [Мишулина С.И., 2017: 39–43]; [Жаворонкова Н.Г., Шпаковский Ю.Г., 2016: 170–183], в экономике [Григорьева В.А., 2013: 958–966]; [Горохова С.С., 2018: 12–17]; [Филатова И.В., 2017: 38], градостроительстве и пространственном развитии [Ревякин А.П., 2019: 82–86]; [Болтанова Е.С., 2018: 39–45]; [Бухвальд Е.М., 2019: 131–143]; [Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б., 2018: 161–171]; [Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б., 2019: 161–164]. Вопросы стратегирования обсуждаются при исследовании государственного управления использованием земли и иных взятых в отдельности природных ресурсов [Чуднова Е.И., 2018: 33–39]; [Выпханова Г.В., Жаворонкова Н.Г., 2018: 25–30]. Вместе с тем изучение восприятия инструментов стратегического управления в природоресурсной сфере пока не получило системного характера.

Стратегическое планирование как механизм государственного воздействия на синергические процессы, составляющие основу в том числе и рыночной экономики, тесно соприкасается с иными признанными на международном уровне подходами и концепциями сглаживания негативных явлений общественного развития.

В XX–XXI веках признано, что препятствием к достижению цели сбалансированного развития оказывается техногенный характер экономики, основанной на постоянном росте потребления природных ресурсов [Григорьева В.А., 2013: 958–966]. В документах конференции в Рио-де-Жанейро 1992 г.

(далее — конференция) отмечается, что международное сообщество должно стремиться найти пути и средства лучшего функционирования и большей транспарентности сырьевых рынков, а также лучшего управления природными ресурсами, при котором учитываются потребности устойчивого развития¹. Документы конференции указывают, что законы и постановления, соответствующие условиям той или иной страны, относятся к числу наиболее важных средств воплощения политики в области окружающей среды и развития, создают правовую основу экономического планирования и функционирования рыночных механизмов.

Государственное социально-экономическое планирование занимает в достижении целей устойчивого развития одно из центральных мест. В публикациях последнего времени обращается внимание на переосмысление роли государства в управлении экономическими процессами, прослеживается тенденция к усилению взаимодействия механизмов рыночного саморегулирования и государственного планирования [Смирнова, О.О., 2013: 16]; [Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б., 2019: 161–164]; [Селиванов А.И., Хабибуллин А.Г., 2009: 33–37]; [Жаворонкова Н.Г., 2016: 24–28].

1. Предпосылки и проблемы развития инструментов стратегического планирования в природоресурсной сфере России

Ряд теоретических идей в области государственного воздействия на экономические отношения, разработанных как у нас в стране, так и за рубежом лежат в основе инструментов, имеющих общее наименование «стратегическое планирование».

В настоящее время, несмотря на дискуссии, сформировалось общетеоретическое понятие о том, под стратегическим планированием следует понимать совокупность инструментов управляющего воздействия на социальные процессы, для которых характерны разработка прогноза, постановка цели и задач развития, взаимосвязанная система механизмов их решения. При этом сущность стратегического планирования экономических отношений в условиях рынка заключается и в его индикативном характере. Под государственным стратегическим планированием понимается определение основных направлений, способов и средств достижения стратегических целей устойчивого развития государства и обеспечения национальной безопасности [Смирнова О.О., 2013: 145].

¹ Доклад Конференции ООН по окружающей среде и развитию. Рио-де-Жанейро, 3–14.06.1992. Available at: URL: <https://undocs.org/ru/A/CONF.151/26/Rev.1%28Vol.1%29>; https://www.un.org/ru/documeNts/decl_conv/declarations/riodecl.shtml (дата обращения: 01.01.2021)

Федеральным законом от 28.06.2014 №172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»² (далее — Федеральный закон № 172-ФЗ) закреплено нормативное понятие государственного стратегического планирования — это деятельность участников стратегического планирования по целеполаганию, прогнозированию, планированию и программированию социально-экономического развития, субъектов федерации и муниципальных образований, отраслей экономики и сфер государственного и муниципального управления, обеспечения национальной безопасности, направленная на решение задач устойчивого социально-экономического развития и обеспечение национальной безопасности.

Подходы к осуществлению стратегического планирования, предусмотренные Федеральным законом № 172-ФЗ, в целом универсальны и распространяются на управление всеми сферами общества, включая природопользование. Вместе с тем цели, задачи и механизмы стратегического планирования в природопользовании в России обладают спецификой.

В условиях преобразований конца XX века в России на основе конституционных положений о многообразии форм собственности на землю и иные природные ресурсы, о признании права частной собственности на землю (ст. 9, 36 Конституции Российской Федерации) изменились правовые принципы и нормативно-правовая база природопользования. В этот период наиболее активно шло формирование правовых инструментов включения земли и иных природных ресурсов в рыночный оборот. В ряде работ справедливо отмечается, что активное развитие норм, регулирующих рыночные отношения с «приглушением» функций государства, может оказаться неэффективным и связано не столько с потребностями развития, сколько с продвижением либеральных идеологий первого десятилетия преобразований и надеждами на регулятивные функции свободного рынка [Кузнецов Ю.В., 2014: 77].

Такой ход преобразований привел к дисбалансу в регулировании природопользования. Государственные функции учета и мониторинга природных ресурсов, равно как и планирования их использования, остались неразвитыми [Шуплецова Ю.И., 2018: 108]; [Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В., 2018: 78–93]; [Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В., 2017: 87–193]. Значительная часть публичных функций адаптирована лишь к распоряжению природными ресурсами и оперативному управлению природопользованием. Государственное стратегическое управление природными ресурсами в нынешних условиях до сих пор не создано³. Это обстоятельство является дополнитель-

² СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3378.

³ Может быть упомянут институт территориального планирования, закрепленный Градостроительным кодексом от 29.12.2004 г. № 190-ФЗ. Однако этот институт помимо вопро-

ным основанием обращения к инструментам стратегического планирования в рассматриваемой сфере.

Земельные, водные ресурсы, ресурсы недр, лесные и иные биологические ресурсы объективно ограничены в объеме, разнообразны по качеству и неравномерно распределены на поверхности и в недрах земли, акваториях водных объектов. Состояние природных ресурсов подвержено естественной динамике, а также постоянным преобразованиям со стороны человека. Деградация и сокращение запасов всех природных ресурсов создают угрозу негативного изменения климата, уничтожения окружающей природной среды и гибели человеческой цивилизации.

Причина необходимости стратегического внимания со стороны государства к использованию природных ресурсов заключается и в том, что они потребляемы во всех сферах хозяйственной и иной деятельности человека. Отсутствие регулирования при растущем потреблении природных ресурсов провоцирует их дефицит, обостряет конкуренцию, межотраслевые, территориальные, межрегиональные конфликты, увеличивает общую социальную, экономическую и политическую нестабильность. Не свободна Россия и от решения глобальных проблем, связанных со всеобщим ростом потребления природных ресурсов, загрязнением окружающей среды в условиях сохранения техногенного типа экономического развития [Никоноров С.М., 2020: 11]. В России, как в других странах, актуальна неустойчивость развития, при которой потребление природных ресурсов опережает возможности природы к самовосстановлению⁴.

Решение цивилизационных проблем взаимодействия общества и природы видится мировому сообществу в переходе к устойчивому социально-экономическому развитию. Обоснованность устойчивого развития признана и в России. Обеспечение рационального, спланированного природопользования является одним из ключевых факторов поддержания качества окружающей среды и сбалансированного социально-экономического развития общества как стратегической цели обеспечения экологической безопасности⁵.

Но одно лишь признание необходимости рационального природопользования и декларирование идей устойчивого развития недействительно без разработки соответствующего правовой системе государства механизма их реализации. По мнению Г.В. Выпхановой и Н.Г. Жаворонковой, более чем 20-летний российский опыт перехода к рынку и создания рыночных отно-

сов территориального развития, связанных прежде всего с обеспечением застройки, не затрагивает всех требующих стратегического решения проблем природопользования.

⁴ Доклад конференции ООН по окружающей среде и развитию...

⁵ Стратегия национальной безопасности Российской Федерации, утв. указом Президента Российской Федерации от 31.12.2015 № 683 // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212, п. 83.

шений показал, что без целостной и взаимно непротиворечивой системы государственного планирования, и прежде всего в эколого-правовом контексте, эффективную экономику построить нельзя [Выпханова Г.В., Жаворонкова Н.Г., 2016: 24–28].

К основаниям развития в России системы государственного стратегического планирования природопользования относятся: 1) ограниченность и нерукотворный характер природных ресурсов, необходимость рационального их использования как основы устойчивого общественного развития; 2) переход России к механизмам регулируемого со стороны государства рынка на основе конституционного признания России социальным государством и концепции устойчивого развития.

Важно определить, насколько механизмы государственного стратегического планирования России учитывают особенности и потребности регулирования природопользования. А также понять, какими чертами должно обладать государственное стратегическое планирование в сфере использования и охраны природных ресурсов, и в каком направлении должно развиваться законодательство в указанной сфере.

Можно сформулировать следующее определение: под государственным стратегическим планированием в сфере использования и охраны природных ресурсов (природопользования) следует понимать деятельность органов публичной власти по целеполаганию, прогнозированию, планированию и программированию, направленную на решение задач обеспечения рационального использования природных ресурсов в целях устойчивого социально-экономического развития РФ, субъектов РФ и муниципальных образований и обеспечения национальной безопасности РФ.

Приходится признать, что правовые условия развития стратегического планирования в природоресурсной сфере практически не созданы. До сих пор ни один из основных природоресурсных законов (Земельный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ, Водный кодекс РФ, Закон РФ «О недрах», Федеральный закон «О рыболовстве и водных биологических ресурсах» и др.) прямо не упоминает значения природных ресурсов в социально-экономическом развитии общества.

Нет возможности определенно выявить правовые механизмы, которые можно было бы считать механизмами стратегического планирования в данной сфере. Четко не закреплены в законодательстве цели стратегического планирования в природопользовании, полномочия государственных и муниципальных органов. Практически не отражены механизмы стратегирования в установленных законом функциях государства в сфере использования и охраны природных ресурсов, хотя найти отражение они могут в каждой из них: учет (в том числе кадастровый) и мониторинг природных ресурсов, разрешительная система предоставления природных ресурсов, находящихся в

публичной собственности, система обеспечения платности природопользования, поддержание в надлежащем состоянии, восстановление основных природных свойств и охрана природных ресурсов.

Перечисленные составляющие государственного управления закреплены во всех основных природоресурсных федеральных законах и реализуются уполномоченными органами государственной власти и органами местного самоуправления. Они образуют действующий и проверенный временем организационно-правовой «каркас» управления природоресурсной сферой.

Вместе с тем государственное управление в данной сфере может стать стратегическим, если оно будет направлено на законодательно закрепленные и предусмотренные в стратегических документах цели, достижение которых обеспечивается решением ясно сформулированных задач. Задачи, в свою очередь, должны решаться посредством нормативно закрепленных организационно-правовых механизмов. При этом стратегические цели отличаются конкретностью и реализуемостью, а сами они должны исходить из приоритетных направлений государственной политики⁶. Так, Стратегия национальной безопасности Российской Федерации, прямо называет рациональное природопользование в ряду стратегических национальных приоритетов (п. 31).

Законодатель не дает четкого ответа на вопрос о механизме обеспечения рационального использования природных ресурсов [Петрова Т.В., 2016: 29–34]. В состав такого механизма с очевидностью могут войти элементы стратегического планирования. При этом даже при отсутствии упоминания на законодательном уровне стратегическое планирование как основа построения государственного управления в природоресурсной сфере может опираться на Федеральный закон № 172-ФЗ.

Вместе с тем развитие стратегического управления природоресурсной сферой приходится на этап становления общей системы стратегирования, продолжаются дискуссии о концепции, составляющих и основных инструментах. В частности, признается, что при массе стратегических документов затруднена связь и координация между ними, а также слабо контролируется их исполнение. По мнению ряда специалистов, несогласованность в принятии и реализации документов стратегического планирования вызвана и отсутствием единого координирующего государственного органа [Юсуповский А.М., 2008: 3–7]; [Кузнецов Ю.В. 2014: 123]. Отсутствие согласованности между стратегическими документами уже сейчас оказывается причиной дисбаланса при принятии нормотворческих и управленческих решений в сфере природопользования и охраны окружающей среды.

⁶ Ст. 4 Федерального закона от 28.06.2014 N 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации».

В частности, Стратегией экологической безопасности до 2025 года (утв. Указом Президента Российской Федерации от 19.04.2017 № 176) к основным механизмам реализации государственной политики в сфере обеспечения экологической безопасности отнесены в том числе: формирование системы технического регулирования, содержащей требования экологической и промышленной безопасности; проведение стратегической экологической оценки проектов и программ развития государства, макрорегионов, субъектов федерации, муниципальных образований, оценки воздействия намечаемой хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, а также экологическую экспертизу, экспертизу проектной документации и промышленной безопасности; лицензирование видов деятельности, потенциально опасных для окружающей среды, жизни и здоровья людей; нормирование и разрешительная деятельность в области охраны окружающей среды. Таким образом, государственное администрирование в сфере природопользования составляет основу обеспечения экологической безопасности. В то же время Стратегией экономической безопасности Российской Федерации на период до 2030 года (утв. Указом Президента Российской Федерации от 13.05.2017 №208) установление избыточных требований в области экологической безопасности, рост затрат на обеспечение экологических стандартов производства и потребления отнесены к основным вызовам и угрозам экономической безопасности. Каким образом должно быть соотнесено содержание указанных стратегических документов в процессе их реализации — ответа пока нет.

Одна из наиболее существенных проблем — формирующаяся законодательная база стратегического планирования практически не обращается к природным ресурсам как к ресурсам развития.

С формальной точки зрения положения Федерального закона № 172-ФЗ распространяются и на отношения в области использования и охраны природных ресурсов. Но законодательное обеспечение в данной сфере в большей мере ориентировано на распределение бюджетных средств [Селиванов А.И., Хабибулин А.Г., 2009: 33-37], а также регулирование системы расселения и размещения производственных сил⁷. Хотя природные ресурсы — один из ресурсов развития, закон ограничивается признанием необходимости ресурсной обеспеченности документов стратегического планирования, не уточняя ни вида ресурсов, ни особенностей их распределения и использования. Стратегическое планирование в сфере природопользования как особое направление государственной стратегии законом не упоминается. Таким образом, правовой механизм стратегического планирования не содержит

⁷ Ст. 20 Федерального закона от 28.06.2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации».

специальных инструментов использования природных ресурсов для реализации целей и задач, закрепленных политико-правовыми документами.

Отсутствие нормативно установленных правил не в последней степени оказывается причиной того, что практически ни один из стратегических документов, направленных на развитие хозяйственной деятельности или решение социальных проблем, включая стратегии наиболее высокого уровня, не содержат условий использования земельных участков, иных природных ресурсов, необходимых для реализации целей и задач, закрепленных в стратегии. Если стратегический документ направлен на развитие региона или хозяйственной отрасли и исполнение поставленных задач невозможно без освоения земельного пространства, лесных угодий, полезных ископаемых, акваторий, но указаний на этот счет документ не содержит, с очевидностью встает вопрос о его реализуемости.

Не способствует развитию стратегического планирования в целом и в природоресурсной сфере в частности и неразработанность таких существенных составляющих реализации этого инструмента, как контроль и определение форм ответственности за неисполнение. В качестве направления разрешения проблемы указывается целесообразность введения нового вида ответственности — политической ответственности органов государственной власти и должностных лиц [Комягин Д.Л., 2015:16–23].

Верно также замечено, что для связного правового регулирования требуется универсальный, сбалансированный и четкий понятийный аппарат [Маланыч И.Н., 2009: 9–15]. В качестве методологического просчета отмечается, что документы стратегического планирования, как и некоторые законодательные акты, содержат понятия и определения, возможно, существенные для экономической теории, но не имеющие нужного для правового регулирования содержания [Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б., 2019: 161–164]. Отмечается и несогласованное использование базовых терминов и понятий, таких как «экологическая безопасность», «экологическая политика», «охрана окружающей среды» и «рациональное природопользование» [Выпханова Г.В., Жаворонкова Н.Г., 2016: 24–28].

2. Современное состояние стратегического планирования в сфере использования и охраны природных ресурсов

Нельзя сказать, что элементы стратегического планирования в сфере государственного управления использованием природных ресурсов полностью отсутствуют. Однако, в том числе и ввиду перечисленных выше причин, обращение к инструментам стратегического планирования в данном случае фрагментарно и не составляет системы.

Так, отсутствуют единые подходы к формированию государственной политики использования и охраны как отдельных природных ресурсов, так и природного потенциала России в целом. Деятельность органов власти практически не скоординирована, а политико-правовые документы не лишены ведомственной разобщенности, в них обозначены самые общие направления деятельности государства в отдельных сферах природопользования. Действующие акты практически не содержат последовательного изложения целей и механизма стратегического планирования⁸.

Не составляет системы и совокупность документов стратегического планирования в сфере природопользования. Действительно, принят ряд стратегических документов⁹. Однако перечисленные акты практически не связаны между собой ни концептуально, ни содержательно. Кроме того, практически все документы направлены на обеспечение стратегического развития соответствующей природоресурсной или сырьевой отрасли. Акты являются разновидностью отраслевых¹⁰ стратегий и направлены на развитие в сфере хозяйственного использования природных ресурсов, что не тождественно обеспечению стратегических целей рационального природопользования.

Исключение составляет, пожалуй, принятая в 2009 году Водная стратегия Российской Федерации, направленная на устойчивое водопользование, охрану водных объектов, формирование конкурентных преимуществ государства в водоресурсной сфере. Принятие этой стратегии можно рассматривать как заявку на формирование основ стратегического управления водными ресурсами. Однако данная стратегия действовала лишь до 2020 года, и новая

⁸ План деятельности Министерства природных ресурсов и экологии на 2019-2024 годы. утв. Минприроды России 28.06.2019 № 0010/12 // СПС Консультант Плюс; Распоряжение Правительства РФ от 03.03.2012 № 297-р «Об утверждении Основ государственной политики использования земельного фонда Российской Федерации на 2012 — 2020 годы» // СЗ РФ. 2012. № 12. Ст. 1425.

⁹ Приказ Росрыболовства от 30.03.2009 № 246 «Об утверждении Стратегии развития рыбохозяйственного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2019. № 48. Ст. 6905; Указ Президента Российской Федерации от 19. 04. 2017 № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2017. № 28. Ст. 4107; Распоряжения Правительства Российской Федерации: от 27.08.2009 № 1235-р «Об утверждении Водной стратегии Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2009. № 36. Ст. 4362; от 13.11.2009 № 1715-р «Об Энергетической стратегии России на период до 2030 года» (текст распоряжения не опубликован); от 03.07.2014 № 1216-р «Об утверждении Стратегии развития охотничьего хозяйства в Российской Федерации до 2030 года» // СЗ РФ. 2014. № 28. Ст. 4107; от 22.12.2018 № 2914-р «Об утверждении Стратегии развития минерально-сырьевой базы Российской Федерации до 2035 года» // СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2546; от 20.09.2018 № 1989-р «Об утверждении Стратегии развития лесного комплекса Российской Федерации до 2030 года» // СЗ РФ. 2018. № 53 (ч. II). Ст. 8762.

¹⁰ Гл. 5 и др. Федерального закона от 28.06.2014 N 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации».

ее редакция не принята. Для непрерывности стратегического планирования в ближайшее время должен быть подготовлен проект водной стратегии на очередной период. Кроме того, во-первых, стабильность и непрерывность стратегического управления все же должны быть подкреплены законодательными актами. Во-вторых, соответствующие стратегические полномочия должны быть закреплены за органами государственной власти как постоянно действующие.

Таким образом, к препятствиям формирования плановых, стратегических начал в природоресурсной отрасли относятся:

отсутствие в системообразующих и иных природоресурсных федеральных законах последовательных правовых условий государственного стратегического планирования и стратегического управления использованием и охраной природных ресурсов;

неразработанность на доктринальном и законодательном уровнях концепции стратегического управления использованием природных ресурсов;

неразвитость институтов государственного управления, направленных на учет и планирование использования природных ресурсов;

ведомственный подход в управлении использованием природных ресурсов¹¹, несоординированность деятельности уполномоченных органов;

декларативность, фрагментарность и несогласованность документов стратегического планирования;

неразвитость инструментов обеспечения реализации принятых документов стратегического планирования и ответственности за их неисполнение.

3. Принципы правового обеспечения стратегического планирования в природоресурсной сфере

Для формирования механизма стратегического планирования как в природоресурсной сфере, так и в сфере обеспечения социально-экономического развития требуется, чтобы в том и другом случаях стратегическое планирование выстраивалось на согласованных подходах и, что наиболее важно, согласованных принципах. Поэтому основные принципы, закрепленные в ст. 7 Федерального закона № 172-ФЗ, заслуживают внимания в рамках исследуемой темы. Все указанные названной статьей принципы актуальны для выстраивания стратегического планирования природопользования.

Принцип единства и целостности рассматривается как существенное обоснование формирования системы стратегического планирования и госу-

¹¹ Отдельные функции, важные для стратегического планирования, рассредоточены между различными органами исполнительной власти — Минэкономразвития России, Минсельхозом России, Минприроды России, Минэнерго России, Росреестром и др.

дарственного стратегического управления природопользованием, без чего целостность данного инструмента не достигнута.

Принцип разграничения полномочий, в соответствии с которым участники стратегического планирования самостоятельно определяют цели и задачи социально-экономического развития России, субъектов федерации и муниципальных образований и обеспечения национальной безопасности, а также пути достижения этих целей и решения этих задач. Проекция данного принципа на отношения природопользования требует уточнения. Стратегирование в природоресурсной сфере на разных уровнях публичной власти не должно приводить к конфликтам из-за использования природных ресурсов, расположенных на одной и той же территории. К примеру, запланированное развитие федеральной трассы не может вступать в конфликт с региональными планами развития малых городов, если предполагается осваивать одни и те же территории.

Кроме того, складывается практика разработки природоресурсных стратегий, преимущественно на федеральном уровне. Большая часть природных ресурсов отнесена к федеральной собственности, и именно федеральные органы исполнительной власти ответственны за выработку и реализацию государственной политики в соответствующей сфере.

Важен для обеспечения стратегического планирования в природоресурсной сфере и **принцип преемственности и непрерывности**. Его реализация требует при разработке очередных новых стратегических документов обращения к результатам реализации ранее принятых документов. Но именно этот принцип практически не действует. Так, в ежегодных Государственных докладах «О состоянии и об охране окружающей среды», в иных государственных и иных аналитических докладах, аналитических документах Федеральной службы государственной статистики (Росстата) и в иных документах отсутствует информация об анализе реализации документов стратегического планирования в сфере природопользования.

Принцип сбалансированности системы стратегического планирования, согласно которому должна быть обеспечена согласованность и сбалансированность таких документов по приоритетам, целям, задачам, мероприятиям, показателям, финансовым и иным ресурсам и срокам реализации, очень важен при включении в систему стратегического планирования природопользования. Это должно означать как согласованность всех документов в их ресурсном обеспечении, так и согласованность между документами. Согласование должно происходить и в ретроспективе. Однако реализация этого принципа наиболее затруднена. Причиной этого является отсутствие обязательной взаимосвязи между документами стратегического планирования и недостаточное внимание к интегрированному подходу в стратегировании.

Принцип результативности и эффективности стратегического планирования, заключающийся в необходимости выбора наиболее оптимальных путей достижения целей социально-экономического развития и национальной безопасности, позволяющих достичь заданные результаты с наименьшими затратами ресурсов, должен реализовываться с учетом особенностей рационального использования природных ресурсов, а эффективность должна оцениваться с точки зрения достижения целей устойчивого развития. Для этого нужны эколого-экономический анализ и изучение в документах стратегического планирования обоснованности затрат ресурсов.

Реализация **принципа ответственности участников стратегического планирования** в сфере использования и охраны природных ресурсов, на наш взгляд, не может быть оценена достоверным образом. Юридическая ответственность участников стратегического планирования не ясна, а основные подходы к ее применению не разработаны [Комягин Д.Л., 2015: 16-23]. В настоящее время, несмотря на закрепление в ст. 45 Федерального закона № 172-ФЗ правила, основания привлечения указанных лиц к перечисленным выше видам правовой ответственности законодательством не предусмотрены. Вместе с тем этот принцип важен для обеспечения ответственности за нерациональное использование природных ресурсов, если оно происходит в связи с реализацией документов стратегического планирования.

Принцип прозрачности (открытости) стратегического планирования, заключающийся в необходимости официального опубликования документов стратегического планирования (за исключением документов или их отдельных положений), актуален и для природоресурсной сферы¹².

Необходимость реализации **принципа реалистичности** делает включение природопользования в процессы стратегического планирования наиболее актуальным. Этот принцип тесно связан с **принципом ресурсной обеспеченности**. Оба принципа могут быть реализованы, если будут учтены ресурсные условия, ограничения и риски. Для реализации принципов требуются не только достоверные сведения об используемых природных ресурсах, но и четкий стратегический план их рационального использования для различных целей социально-экономического развития.

¹² Порядок официального опубликования законодательных и иных нормативных правовых актов предусмотрен положениями Федерального закона от 14.06.1994 № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» (СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801), а также указом Президента России от 23.05.1996 № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» (СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2663).

Принцип ресурсной обеспеченности важен и в природоресурсной сфере. Следует отметить, что практически все документы стратегического планирования не содержат указания на источники финансирования мероприятий, направленных на достижение поставленных ими целевых показателей, что существенным образом затрудняет их достижение. Несоблюдение данного принципа проявляется, в частности, при стратегическом планировании хозяйственной деятельности в Арктической зоне России. Недостатком всех документов стратегического планирования по Арктике является их неконкретность, выражающаяся, в том числе в разрыве между заявленными целями и ресурсами для их реализации [Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б., 2019: 161–164].

Одним из ключевых принципов стратегического планирования является **принцип измеряемости целей**, который, в свою очередь, должен реализовываться путем обеспечения оценки достижения целей социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности России с использованием в процессе стратегического планирования: 1) количественных и (или) качественных целевых показателей; 2) критериев и методов их оценки.

Реализация данного принципа в природоресурсной сфере возможна путем постановки целевых показателей и их установления планов по их достижению в среднесрочной перспективе. Так, Водная стратегия России устанавливала целевые показатели удельной водоемкости валового внутреннего продукта, которые должны были в 2020 году снизиться по сравнению с показателями 2007 года на 42% и составить 1,4 куб. м/тыс. рублей (в ценах 2007 года). Также Стратегией устанавливались целевые показатели потерь воды при транспортировке, которые должны были быть в 2020 году сокращены по сравнению с показателями 2007 года (8 куб. км в год, или 10% от общего объема изъятия водных ресурсов из природных источников) до 5%. К сожалению, эффективность установленного механизма пока оценить невозможно, поскольку результаты реализации Стратегии не опубликованы, новая водная стратегия не утверждена.

Стратегией развития лесного комплекса России до 2030 года устанавливаются ключевые показатели развития лесного комплекса до 2030 года в инерционном (И), базовом (Б) и стратегическом (С) сценариях в ценах 2016 года (Приложение №17). Соответствующие целевые показатели установлены в Стратегии развития охотничьего хозяйства до 2030 года, Стратегии развития рыбохозяйственного комплекса на период до 2030 года. Реализация данного принципа потребует внедрения ряда индикаторов в целях измерения не только достижения целей рационального использования природных ресурсов, но и устойчивого развития [Никоноров С.М., 2020: 22].

Из принципа измеряемости целей вытекает **принцип соответствия показателей целям** — показатели, содержащиеся в документах стратегического планирования и дополнительно вводимые при их корректировке, а также при оценке деятельности органов публичной власти, должны соответствовать целям социально-экономического развития и национальной безопасности России.

Реализации этого принципа в природоохранной сфере в известной мере способствует утверждение методологических основ оценки деятельности органов публичной власти исходя из критериев обеспечения качества окружающей среды и рационального использования природных ресурсов при принятии властных решений. Так, например, в настоящее время в Перечень показателей оценки эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов (утв. Указом Президента Российской Федерации от 25.04.2019 № 193)¹³ входит качество окружающей среды (п. 13), при этом установлена Методика расчета указанного показателя за отчетный период (прошедший год)¹⁴.

Однако в Перечне показателей оценки эффективности деятельности органов местного самоуправления городских округов и муниципальных районов (утв. Указом Президента Российской Федерации от 28.04.2008 № 607)¹⁵ критериев, связанных с качеством окружающей среды, рациональным использованием природных ресурсов нет.

Таким образом, хотя к полномочиям органов местного самоуправления законодательством отнесен ряд важных полномочий в сфере природопользования и охраны окружающей среды (в области земельных, лесных, водных отношений, обращения с твердыми коммунальными отходами и т.п.), оценка эффективности этой деятельности, в том числе и при реализации документов стратегического планирования, фактически не предусмотрена.

Реализация **программно-целевого принципа** стратегического планирования в сфере использования и охраны природных ресурсов должна состоять в том числе в определении приоритетов и целей рационального использования природных ресурсов и охране окружающей среды, а также в разработке взаимосвязанных по целям, срокам реализации государственных

¹³ СЗ РФ. 2019. № 17. Ст. 2078.

¹⁴ Постановление Правительства РФ от 17.07.2019 № 915 «Об утверждении методик расчета показателей для оценки эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также о признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации». Приложение № 12 // СЗ РФ. 2019. № 30. Ст. 4301.

¹⁵ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2003.

ных и муниципальных программ, определение объемов и источников их финансирования.

В целом анализ принципов демонстрирует, что при формировании системы стратегического планирования использование природных ресурсов имелось в виду не в первую очередь. Это следует не только из определения, но и из перечня принципов, который выглядит не только недостаточно приуроченным к особенностям стратегирования природопользования, но и неполным. Отсутствуют, в частности, принципы, непосредственно направленные на обеспечение мерами стратегического планирования устойчивого развития и рационального использования природных ресурсов.

Заключение

Ввиду того, что природные ресурсы являются одними из основных ресурсов социально-экономического развития, механизм стратегического планирования не будет полным без его распространения на сферу природопользования. На доктринальном и законодательном уровне следует сформулировать основные концептуальные подходы к государственному стратегическому управлению природными ресурсами. Также следует сформулировать основные принципы и подходы государственного стратегического планирования в сфере использования и охраны природных ресурсов как самостоятельного направления государственного стратегического планирования.

В частности, на доктринальном и законодательном уровнях нужно сформулировать основные принципы и подходы к государственному стратегическому управлению природными ресурсами как самостоятельному направлению государственного стратегического планирования.

В основных системообразующих федеральных законах в сфере использования и охраны природных ресурсов следует закрепить ряд категорий и норм, определяющих роль соответствующего природного ресурса в социально-экономическом развитии общества.

Необходима разработка концепции государственного стратегического управления использованием природных ресурсов. Существенное значение приобретают инструменты учета и мониторинга природных ресурсов, планирования и баланса их использования различными хозяйствующими субъектами

В законодательстве и доктрине четко должны быть определены приоритетные направления государственной политики в области природопользования. Одним из таких направлений следует считать обеспечение устойчивого социально-экономического развития общества.

При совершенствовании законодательных основ стратегического планирования нуждаются в развитии принципы и положения, направленные на их гармонизацию с правовыми и организационными условиями государственного стратегического управления в сфере природопользования.



Библиография

Афиногенов Д.А., Воронин В.В. Роль документов стратегического планирования: правовые аспекты // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 2. С. 13–17.

Боголюбов С.А. Главное — прогнозирование реализации экологической политики // Экологическое право. 2011. № 6. С. 2–9.

Болтанова Е.С. Правовое обеспечение экологических инноваций (на примере строительной отрасли) // Экологическое право. 2018. № 4. С. 39–45.

Бринчук М.М. Планирование как элемент эколого-правового механизма // Экологическое право. 2013. № 5. С. 6–14.

Бурутин А.Г. Проблемы теории и практики государственного стратегического планирования в Российской Федерации: концептуальное видение // Государственная власть и местное самоуправление. 2013. № 4. С. 3–6.

Бухвальд Е.М. Правовое регулирование стратегического пространственного и территориального планирования // Журнал российского права. 2019. № 11. С. 131–143.

Выпханова Г.В., Жаворонкова Н.Г. Государственная экологическая политика и документы стратегического планирования // Экологическое право. 2016. № 3. С. 24–28.

Выпханова Г.В., Жаворонкова Н.Г. Правовые проблемы совершенствования государственной лесной политики в современных условиях // Экологическое право. 2018. № 1. С. 25–30.

Горохова С.С. О развитии системы государственного управления, прогнозирования и стратегического планирования в сфере экономики в контексте стратегии экономической безопасности России на период до 2030 года // Безопасность бизнеса. 2018. № 1. С. 12–17.

Григорьева В.А. Стратегическое экономическое планирование государства: конституционно-правовой аспект // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 8. С. 958–966.

Жаворонкова Н.Г., Шпаковский Ю.Г. Экологическая безопасность в системе стратегического планирования Российской Федерации // Lex Russica. 2016. № 6. С. 170–183.

Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б. Современные тренды правового обеспечения стратегического планирования природопользования в Арктике // Lex Russica. 2018. № 7. С. 161–171.

Жаворонкова Н.Г., Агафонов В.Б. Стратегические направления правового обеспечения экологической безопасности в Арктической зоне Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 7. С. 161–164.

Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В. Актуальные проблемы совершенствования государственной политики и законодательства в сфере использования и охраны водных биологических ресурсов // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 12. С. 187–193.

Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В. Правовые проблемы и направления совершенствования государственного управления в области лесных отношений // *Lex Russica*. 2018. N 2. С. 78–93.

Жаворонкова Н.Г., Выпханова Г.В. Правовые проблемы стратегирования в экологическом праве // *Lex Russica*. 2020. N 1. С. 28–42.

Жаворонкова Н.Г., Шпаковский Ю.Г. Правовые проблемы пространственного развития Российской Федерации: вопросы стратегического планирования // *Юрист*. 2020. N 5. С. 13–22.

Комягин Д.Л. Политическая ответственность и стратегический контроль в сфере публичного хозяйства // *Реформы и право*. 2015. N 4. С. 16–23.

Кузнецов Ю.В. Государственное стратегическое управление. СПб: Питер, 2014. 320 с.

Маланыч И.Н. Стратегические цели как объекты правового регулирования в законодательстве субъектов Российской Федерации // *Конституционное и муниципальное право*. 2009. N 19. С. 9–15.

Мишулина С.И. Место экологической безопасности в российской системе стратегического целеполагания // *Экологическое право*. 2017. N 1. С. 39–43.

Никоноров С.М., Палт М.В. (ред.) Управление природопользованием. М.: МГУ, 2017. 200 с.

Петрова Т.В. Рациональное использование природных ресурсов: понятие, принцип, полномочие, направление государственной экологической политики // *Экологическое право*. 2016. N 3. С. 29–34.

Ревякин А.П. К вопросу об инициативе перехода от генерального плана к документу, определяющему стратегические направления градостроительного развития города, как основе территориального планирования // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2019. N 10. С. 82–86.

Русин С.Н. Какой быть Стратегии экологической безопасности Российской Федерации? // *Журнал российского права*. 2014. N 7. С. 32–40.

Рыбак А.А. К вопросу о стратегических национальных приоритетах в целях обеспечения национальной безопасности и территориальной целостности России // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2012. N 4. С. 14–17.

Селиванов А.И., Хабибулин А.Г. Разработка методологии и создание системы стратегического управления безопасностью России как комплексная научная проблема // *Российский следователь*. 2009. N 4. С. 33–37.

Смирнова О.О. Основы стратегического планирования Российской Федерации. М.: Наука, 2013. 302 с.

Филатова И.В. Стратегические приоритеты национальной безопасности в условиях макроэкономической нестабильности // *Миграционное право*, 2017. N 1. С. 38.

Чуднова Е.И. Стратегическое планирование в сфере использования земельного фонда: Россия и Шотландия, опыт сопоставления // *Юрист*. 2018. N 4.

Шуплецова Ю.И. Правовое регулирование лесных отношений в Российской Федерации. М.: ИНФРА-М, 2018. 216 с.

Юсуповский А.М. Стратегические проблемы национального развития: к сравнительному анализу приоритетов государственной национальной политики // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2008. N 4. С. 3–7.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Strategic Planning in the Natural Resource Sphere: Legal Aspect



Elena Galinovskaya

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 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ecology@izak.ru, 444_45@mail.ru



Mikhail Ponomarev

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 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: ecology@izak.ru; m.ponomarev@mail.ru



Abstract

The subject of the research appear relations on strategic planning as an instrument for ensuring the rational use and protection of natural resources. The purpose of the research is to identify the problems of formation of the institute of state strategic planning in the sphere of using and protecting natural resources in the Russian Federation, as well as to formulate scientifically based proposals to overcome them. The article examines the main legal problems of improving the institute of state strategic planning in the use and protection of natural resources sphere, describes the socio-economic prerequisites and difficulties in the development of this Institute in the system of state management of natural resources, formulated proposals for the modernization of conceptual approaches and legislative regulation of natural resource relations for these purposes. In the course of their research, the authors use a number of special legal methods of cognition, in particular, methods of legal modeling and legal forecasting. Using the method of legal modeling, the authors consider the possibility of extrapolating legal tools used in the field of strategic planning to the sphere of use and protection of natural resources. In turn, using the method of legal forecasting, the authors identify the main promising directions for the development of the strategic planning system in the natural resource sector, as well as suggest possible ways to improve the legal regulation of relations in this area. As a result of the scientific research conducted in this article, the authors come to conclusions about the need to formulate and consolidate the basic principles and approaches to state strategic management of natural resources as an independent direction of state strategic planning; to consolidate a number of categories and norms that determine the role of the corresponding natural resource in the socio-economic development of society; development of the concept of state strategic management of the use of natural resources to ensure coordination of activities of state authorities and local authorities in this area. Both the legislation and the legal doctrine should more clearly define the main priorities of state policy in the field of natural resources management, and also need to develop principles and provisions aimed at their harmonization with the legal and organizational conditions of state strategic management in the field of natural resources management.



Keywords

planning; strategic planning; state planning; natural resources; natural resources use; sustainable use of natural resources; environmental management; rational resources use; rational nature management; natural resources law.

For citation: Galinovskaya G.A., Ponomarev M.V. (2021) Strategic Planning in the Natural Resource Sphere: Legal Aspect. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 65–86 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.65.86



References

- Afinogenov D.A., Voronin V.V. (2014) The legal role of strategic planning documents. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 2, pp. 13–17 (in Russian)
- Bogolyubov S.A. (2011) Main thing-forecasting of the implementation of environmental policy. *Ekologicheskoe pravo*, no 6, pp. 2–9 (in Russian)
- Boltanova E.S. (2018) Legal support of environmental innovations (the construction industry case). *Ekologicheskoe pravo*, no 4, pp. 39–45 (in Russian)
- Bukhvald E.M. (2019) Legal regulation of strategic spatial and territorial planning. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11, pp. 131–143 (in Russian)
- Brinchuk M.M. (2013) Planning as an element of environmental and legal mechanism. *Ekologicheskoe pravo*, no 5, pp. 6–14 (in Russian)
- Burutin A.G. (2013) Theory and practice of state strategic planning in the Russian Federation: conceptual vision. *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 3–6 (in Russian)
- Chudnova E.I. (2018) Strategic planning in the sphere of land use: Russia and Scotland, a comparison. *Yurist*, no 4 (in Russian)
- Gorokhova S.S. (2018) Development of public administration, forecasting and strategic planning in the sphere of economy in the context of the strategy of economic security of Russia up to 2030. *Bezopasnost' biznesa*, no 1, pp. 12–17 (in Russian)
- Grigorieva V.A. (2013) Strategic economic planning of the state: constitutional and legal aspect. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 8, pp. 958–966 (in Russian)
- Filatova I.V. (2017) Strategic priorities of national security in the context of macroeconomic instability. *Migratsionnoe pravo*, no 1, p. 38 (in Russian)
- Kuznetsov Yu. V. (ed.) (2014) *State strategic management*. Saint Petersburg: Piter, 320 p.
- Malanych I.N. (2009) Strategic goals as objects of legal regulation in the legislation of the subjects of the Russian Federation. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo*, no 19, pp. 9–15 (in Russian)
- Mishulina S.I. (2017) The place of environmental safety in the Russian system of strategic goal setting. *Ekologicheskoe pravo*, no 1, pp. 39–43 (in Russian)
- Nikonov S.M., Palt M.V. (eds.) (2017) *Environmental management*. Moscow: University Press, 200 p. (in Russian)
- Petrova T.V. (2016) Rational use of natural resources: concept, principle, authority, direction of state environmental policy. *Ekologicheskoe pravo*, no 3, pp. 29–34 (in Russian)

- Revyakin A.P. (2019) On transition from the general plan to the document defining strategic directions of urban development of the city as the basis of territorial planning. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 10, pp. 82–86 (in Russian)
- Rusin S.N. (2014) What should be strategy of environmental safety of the Russian Federation? *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 7, pp. 32–40 (in Russian)
- Rybak A.A. (2012) Strategic priorities ensuring national security and territorial integrity of Russia. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 14–17 (in Russian)
- Selivanov A.I., Khabibulin A.G. (2009) Methodology and system of strategic security management in Russia as a complex problem. *Rossiyskiy sledovatel*, no 4, pp. 33–37 (in Russian)
- Schupletsova Yu. I. (2018) *Legal regulation of forests in the Russian Federation*. Moscow: Norma, 216 p. (in Russian)
- Smirnova O.O. (2013) *The fundamentals of strategic planning of the Russian Federation*. Moscow: Nauka, 302 p. (in Russian)
- Vypkhanova G. V., Zhavoronkova N.G. (2016) State environmental policy and strategic planning documents. *Ekologicheskoe pravo*, no 3, pp. 24–28 (in Russian)
- Vypkhanova G.V., Zhavoronkova N.G. (2018) Modern improving the state forest policy. *Ekologicheskoe pravo*, no 1, pp. 25–30 (in Russian)
- Yusupovsky A.M. (2008) Strategic issues of national development: a comparative analysis of priorities. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 3–7 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Agafonov V.B. (2018) Modern trends in legal support of strategic planning of environmental management in the Arctic. *Lex Russica*, no 7, pp. 161–171 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Agafonov V.B. (2019) Strategic directions of legal support of environmental safety in the Arctic zone of the Russian Federation. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 7, pp. 161–164 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Vypkhanova G.V. (2020) Issues of strategizing in environmental law. *Lex Russica*, no 1, pp. 28–42 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Shpakovsky Yu. G. (2016) Environmental safety in the system of strategic planning of the Russian Federation. *Lex Russica*, no 6, pp. 170–183 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Vypkhanova G.V. (2018) Issues and directions for improving public administration in the field of forest relations. *Lex Russica*, no 2, pp. 78–93 (in Russian)
- Zhavoronkova N.G., Vypkhanova G.V. (2017) Improving state policy and legislation in the sphere of use and protection of aquatic biological resources. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no 12, pp. 187–193 (in Russian)

Регулирование требований об убытках в Гражданском кодексе Российской Федерации и Принципах европейского контрактного и деликтного права



Ю.Э. Монастырский

Доцент, Севастопольский государственный университет, доктор юридических наук.
Адрес: 299053, Российская Федерация, Севастополь, ул. Университетская, 33.
E-mail: monastyrsky@mzs.ru



Аннотация

Целью настоящей работы является описание важных правовых граней главного вида имущественной ответственности (убытков) в сравнительно-правовом аспекте. Понятие ответственности является ключевым в науке гражданского права. Его универсальное значение заключается в монетизации чужих отрицательных имущественных последствий и возложении их финансовых результатов на причастного субъекта. В исследовании излагаются основные положения данного правового института в России и европейских странах. На заре цивилизации ответственность заключалась в реакции на несоблюдение правовых предписаний и выступала в виде штрафа, налагаемого в кратном от стоимости утраты размере. По мере развития общества денежная репрессия уже классифицировалась на гражданско- и уголовно-правовую, на являющуюся ответом на личную обиду и вызываемую неисполнением имущественных обязанностей — договорных и внедоговорных. Вместе с тем неустойка не всегда обеспечивала восстановление финансового состояния и одновременно создавала предпосылки для злоупотреблений. В итоге получил распространение другой способ защиты субъективных прав — возмещение убытков. Кроме того, в профессиональный обиход вошла правовая категория упущенной выгоды, как важный компонент убытков. В законодательстве был заложен механизм развития упомянутого инструмента, так как он определялся и как «будущие расходы на восстановление нарушенного права». К сожалению, этим активно не пользуются участники судебных процессов, а судьи пока не воспринимают такого широкого понимания возможных убытков. В исследовании получило отражение сопоставление отечественной и европейской концепций по этому поводу. Важным экономическим параметром постиндустриального общества, а также и основополагающим его критерием выступает структура валового внутреннего продукта с преобладающей долей услуг. Их производители несут более строгую гражданско-правовую ответственность, поскольку присуждаются к возмещению и за правомерный выход из договора с заказчиками, тогда как правовая традиция заключается в присуждении, только если лицо действовало неправомерно. В связи с этим в исследовании делается вывод о возрастании значения института убытков и его новой роли.



Ключевые слова

ответственность, убытки, вина, гражданское право, PCTL, PECL, реальный ущерб, упущенная выгода, исполнение обязательства в натуре.

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

Для цитирования: Монастырский Ю.Э. Регулирование требований об убытках в Гражданском кодексе РФ и Принципах европейского контрактного и деликтного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 87–108.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.87.108

Введение

Целью настоящей работы является описание важных правовых граней главного вида имущественной ответственности (убытков) в сравнительно-правовом аспекте. В связи с развитием экономического оборота, сопровождающегося воспроизводством и приумножением материальных благ, законодатель, суды, юридическая наука должны искать адекватные правовые механизмы и средства регулирования. Применение всего спектра предоставляемых законодателем возможностей зависит от качества юридического воздействия, востребованности и эффективности этих правовых приемов, большинство из которых необходимо для восстановления нарушенных субъективных гражданских прав. Ведущую роль среди них играет возмещение убытков, которые национальные правовые порядки регулируют по-разному. Вместе с тем потенциал этого универсального юридического инструмента по ряду причин раскрыт правоприменителями не в полной мере.

На первый взгляд, институт убытков кажется нетрадиционным для континентальной правовой системы. Восстановительная функция гражданского права понимается в ее рамках, прежде всего, как исполнение обязательства в натуре, т.е. в том виде, в котором оно возникло в силу юридических фактов. При этом в условиях динамичной правовой и коммерческой среды подобные действия (бездействие) со стороны ответчика нередко уже не представляют для потерпевшего значительной ценности. Для таких случаев подходит только денежное удовлетворение как единственно приемлемый способ компенсации утраченного имущества или замены неполученных материальных благ.

Соответственно, возмещение убытков в постиндустриальных странах объективно становится основным средством охраны субъективных гражданских

данских прав. Вместе с тем, органы, разрешающие споры, не справляются с применением данного правового института и в некоторых случаях либо отказывают в соответствующих исках, либо по различным причинам уменьшают взыскиваемые суммы. Дает о себе знать и доктринальная неопределенность в отношении места удовлетворения требований об убытках в системе охраны индивидуальных прав, служащей основной цели правового регулирования, а именно, восстановлению прежнего имущественного состояния.

1. Основные черты гражданско-правового регулирования убытков в континентальной Европе

Доктринальное исследование, особенно сложных вопросов, обычно выигрывает от сравнительного анализа на основе сопоставления с опытом правового регулирования и доктриной в других странах. Это стимулирует плодотворное размышление и помогает прийти к конструктивным выводам. Считалось, например, что учебные пособия тем лучше и содержательнее, чем большую информацию о сходном урегулировании тех или иных юридических проблем они несут. Очерки о неустойках в гражданском праве можно сопровождать данными о том, какие ставки применяются где-то в Китае или Индонезии по аналогичному кругу случаев. Но произведения авторов разных стран, пишущих, например, о новых достижениях в раскрытии тайны атомного ядра, будут обладать совсем другой непосредственной ценностью, чем информация о правовых открытиях не просто в другом государстве, но и в правовом порядке иного типа при другой экономической формации, политическом строе и при иной степени влияния самобытности на правовую систему. Есть разный уровень проникновения культур в право. Например, технологически наиболее продвинутая страна — Япония — лишь в небольшой степени связывает свое развитие с ролью права в его западном понимании. И такое невнимание к юридическому регулированию вовсе не фатально. В частности, в этой стране почти нет тяжких преступлений. Японская доктрина по уголовно-правовой реакции на убийства не будет содержательной. Для ее развития и наполнения не имеется материала, появляющегося на печальном опыте.

Итак, следует подчеркнуть, что сравнительное исследование приносит максимальную пользу, если нормы, послужившие его предметом, исходят, во-первых, из близкой в силу истории и цивилизационного развития культуры, во-вторых, от более высокоразвитого правового порядка и общества. Некоторые страны родственны нам в культурном отношении, как-то: Сербия, Черногория, Болгария, Украина. Но здесь правовая наука (по количеству ученых, публикаций и т.п.) не достигла того уровня развития, который позволил бы ей генерировать, анализировать и обсуждать передовые научные идеи.

Наибольшую ценность представляют законодательства государств, юриспруденция которых была ориентиром для основоположников российского гражданского права и затем послужила источником обмена взглядами по той или иной проблематике через общение и публикации. Речь идет, без сомнения, о странах континентальной Европы, использующих кодифицированное гражданское право.

На втором месте находится Великобритания — страна с глубочайшими юридическими традициями, но кардинально другой правовой системой, в которой при ответе на новый юридический вопрос можно не обращаться к закону, принятому парламентом, и далее опираться на авторитетное толкование, а исходить из вычлененных смысловых частей решений судов, принятых в прошлом, иногда весьма отдаленном. Структура и терминология рассуждений при урегулировании важных общественных явлений здесь будут принципиально иными, но для сравнительного исследования любопытными и полезными. Великобритания выходит из ЕС, но ее правовые наработки остаются включенными в законодательства его стран.

Впрочем, если вести речь о заимствовании опыта, приоритет, если не монополия, должен принадлежать юриспруденции стран континентальной Европы. В этом регионе приняты следующие унифицированные акты для имплементации во внутреннее законодательство: Принципы европейского договорного права (*Principles of European Contract Law* (далее — *PECL*)) [Hesselink M., 2001: 9–22], опубликованные в 1995, 1999 и 2002 гг.¹, Принципы деликтного права (*Principles of European Tort Law* (далее — *PETL*)) [Кочиоль Х., 2017: 189–267], изданные в 2005 г.², и Модельные правила европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference (DCFR)*) (2009)³. Они считаются наиболее совершенными, вобравшими в себя лучшие достижения юридической мысли документами. Более ранний авторитетный кодифицированный текст — Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (*Principles of International Commercial Contracts* (далее — *PICC*)), опубликованные в 1994, 2004, 2010 и 2016 гг.⁴ Соглашения, основанные на них, широко используются в международных третейских разбирательствах. Но основу предлагаемых для заимствования норм об убытках еще раньше заложила Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (далее — *CISG*)) (Вена, 11.04.1980). Перечисленные источники в вопросах убытков

¹ Available at: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ (дата обращения: 17.05.2021)

² Available at: <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html> (дата обращения: 17.05.2021)

³ Available at: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/ (дата обращения: 17.05.2021)

⁴ О некоторых тенденциях, связанных с *PICC*, см.: [Michaels R., 2014].

представляют собой компромисс между устоявшимися воззрениями системы *common law* и решениями романо-германского (континентального) права. Они вполне применимы к внешнеэкономическим сделкам российских субъектов. Важно, что из пяти названных документов три предназначены для договорных отношений сторон, а один посвящен деликтам.

Начнем с особенностей регулирования убытков в европейских государствах. Существуют различия между тем, когда компенсируется неисполнение договора, и тем, когда ущерб причинен деликтом. В первом случае действует базовый принцип безвиновной ответственности. Должник платит всегда, независимо от того, проявил он неосторожность или нет. *PECL* применяются и к бытовым сделкам.

*PICC*⁵ и *CISG*⁶ написаны для коммерсантов. Ответственность, помимо небрежности и умысла, зафиксирована в них несколькими ключевыми фразами. В российском законодательстве вина составляет неременное условие наложения санкций, если повреждена вещь или не исполнен договор. Российские предприниматели обязаны покрыть убытки независимо от проявленной ими *dolus* или *culpa*. Их ответственность даже строже, чем в Европе, и вот почему. Лица, ставящие перед собой, прежде всего, цель извлечения прибыли, не платят убытки, появившиеся только вследствие непредотвратимых событий. События, по преобладающей точке зрения, должны быть и чрезвычайными, т.е. если явление нельзя определить как редкое, хотя никакими мерами его губительный эффект не остановить, предприниматель должен нести обязанность по компенсации даже неполученного. Забастовка может быть непредотвратимой, но ее, скорее всего, нельзя будет назвать чрезвычайным событием.

Европейцы освобождаются от ответственности при куда более широком круге обстоятельств, которые всего лишь находятся «вне контроля должника»⁷ и которые он не мог предвидеть. Соответствующие положения

⁵ На официальном сайте УНИДРУА отмечается, что целью ограничения сферы действия именно коммерческим характером (*commercial contracts*) регулируемых данным актом контрактов является обособление от области потребительского права (*consumer transactions*), имеющего свои собственные специфические черты. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 10.02.2020)

⁶ Статья 1 *CISG* указывает именно на коммерческое предприятие сторон, а ст. 2 этой же Конвенции выводит из сферы регулирования отношения по приобретению товара для личного, семейного и домашнего использования. Available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (дата обращения: 10.02.2020)

⁷ На официальном сайте УНИДРУА отмечается, что концепт «*force majeure*» не является тождественным ни одной из доктрин, принятых в странах общего и континентального права, определяющих в том или ином объеме содержание непреодолимой силы (форс-мажора) как обстоятельства, исключаящего ответственность. Напротив, данный термин был принят исключительно в силу его широкой известности в международном торговом обороте.

имеются в *CISG*, *PICC*, *PECL*⁸. В данную категорию, скорее всего, попадают отключение электричества, обвал валютного курса и особенно непредвидимые действия третьих лиц. Между тем, такая формула дает простор для усмотрения суда в каждом отдельном случае.

Но совсем другой подход принят в Европе при присуждении убытков вследствие деликтов. Главным основанием для этого являются вина, опасная деятельность⁹, в чем бы она ни состояла¹⁰, а также отдельно любые действия подчиненного без упоминания о вине, но только о неследовании требуемым стандартам поведения¹¹. Так, использование вредных удобрений, могущих вызвать заболевание скота, — это пример не эпизода с «источником повышенной опасности», но ответственности, которую эти манипуляции как рискованное поведение создают¹². Увесистый предмет, оставленный на подоконнике, — еще одна иллюстрация такого чреватого вредом действия [Кочиоль Х., 2017: 251].

Вред не возмещается, тем не менее, в следующих случаях: если причинитель защищался (самооборона), действовал по необходимости, пытаясь себе помочь, если он наделялся соответствующей компетенцией властями, если что-либо предпринимал с согласия потерпевшего или если последний принял на себя риск вреда в силу законного уполномочия — такого, как лицензия. Соответственно, во всех ситуациях, вызванных необходимостью, когда деликвент «действовал легитимно»¹³, его ответственность остается на усмотрение суда, которое может проявиться в снижении размера убытков «в экстраординарных случаях»¹⁴. Освобождение от так называемой строгой ответственности также обеспечивают прямо названный форс-мажор или

Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>
(дата обращения: 10.02.2020)

⁸ Так, в ст. 79(1) *CISG* указывается: «Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий». Аналогичные формулировки содержатся в ст. 7.1.7 *PICC*, ст. 8:108(1) *PECL*. См. также: [Hesselink M., 2001].

⁹ О сфере регулирования строгой ответственности (strict liability) в *PETL* см.: European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: Text and Commentary. Vienna, 2005. P. 101–110.

¹⁰ Art. 1:101(2) *PETL*.

¹¹ Art. 6:102(1) *PETL*.

¹² Например, в отношении вреда жизни указывается, что «когда действия являлись причиной... вопрос о том, следует ли и до какой степени возлагать ущерб на лицо, зависит от таких факторов, как... степень обычных жизненных рисков» (ст. 3:201 *PETL*).

¹³ Art. 7:101(1) *PETL*.

¹⁴ Art. 7:101(3) *PETL*.

действия третьего лица¹⁵, а не обстоятельства вне контроля, как в случаях с договорными санкциями. Такой подход и интересен, и может послужить материалом для заимствования.

Согласно обсуждаемым документам при неисполнении договорных обязательств в отсутствие обстоятельств вне контроля должника наступает его ответственность. Ничего не говорится о причинной связи, вине, необходимости их доказывания. Ни *PECL*, ни *PICC*, ни, тем более, *CISG* с ее узкой сферой регулирования купли-продажи, к тому же и не всех движимых вещей, не содержат общих и базовых статей о неосторожности, умысле и каузальности поведения нарушителя. В *PICC* размер убытков снижается не просто за проявление вины кредитора в непринятии мер в деле недопущения снижения убытков, но и по причине наступления обстоятельств, риск которых лежит на потерпевшем¹⁶.

Совсем другое регулирование мы находим в сфере деликтных требований в *PETL*. Здесь установлена необходимость причинной связи как *conditio sine qua non*¹⁷. По ней имеется ряд исключений, состоящих отдельно в последующей, альтернативной, потенциальной, неопределенной и частичной причинности (ст. 3:102–3:106 *PETL*). Они в основном относятся к совместному причинению ущерба. Вина кредитора — предпосылка не только снижения размера взыскания, но и исключения его вовсе¹⁸. В *PETL* более широкая трактовка, которая предполагает и возможность учета рисков, находящихся в сфере влияния потерпевшего. Любопытно кардинальное отличие от привычной в нашем деликтном праве презумпции виновности. Исходя из последней, вину ответчика нужно доказывать потерпевшему, и суд лишь в отдельных случаях может возложить обязанность обосновывать ее отсутствие на причинителя¹⁹.

Подходим к изложению самой главной особенности европейского права, сложившегося под воздействием английского и французского влияния. Свое наивысшее выражение это влияние находит в институте предвидимости убытков. Во Франции, например, нарушитель должен был осознавать характер наносимых убытков и их величину [Nicholas B., 1992: 230–231]. Некоторые авторы утверждали, что такая ожидаемость относится к разновид-

¹⁵ Art. 7:102(1) *PETL*.

¹⁶ Art. 7.4.7 *PICC*.

¹⁷ Art. 3:101 *PETL*.

¹⁸ Согласно ст. 8:101(1), «ответственность может быть исключена или уменьшена... с учетом виновного содействия пострадавшего или по другим причинам, которые относились бы к установлению либо снижению ответственности самого пострадавшего, если бы он сам был причинителем вреда».

¹⁹ В соответствии со ст. 4:201(1) *PETL*, «время доказывания относительно вины может быть перенесено в свете серьезности опасности, которую представляет эта деятельность».

ностям ущерба, например, от крупных потерь, связанных с восстановлением или возмещением стоимости утраченного [Komarov A., 2008: 245–264].

Еще в XIX в. считали, что хранитель не должен возмещать цену украденных драгоценностей, если их стоимость не была ему объявлена²⁰. Предвидимость убытков тогда присоединяли, в первую очередь, к обстоятельствам причинения вреда. Например, физическое увечье или повреждение голосовых связок из-за неотапливаемых помещений гостиницы, занимаемых тенором, лишившее его заработка от концертов, не делает его финансовые потери в полной мере возлагаемыми на владельца гостиницы. Предвидимость, если брать допустимое общеевропейское значение, появляется уже в *CISG* в 1980 г., где утверждается: нарушитель договора возмещает лишь такой объем утрат, который может быть им разумно предвидим, и — что интересно — в момент «подписания договора»²¹.

В *PICC*, в соответствии с авторитетным разъяснением, это ограничение не затрагивается также виной нарушителя в виде небрежности, но не умысла²². В *PECL* предвидимость не учитывается в случае намеренности и грубой неосторожности ответчика²³. Она рассматривается как один из факторов, учитывающих степень причиненного вреда. При этом предвидимость и разумность зависят от других критериев — причинно-следственной связи и вины²⁴. Вот здесь и проявляется в высокой степени влияние постулатов англосаксонского права.

Другая ключевая и главная особенность регулирования деликтов заключается в том, что они ввиду английского и французского влияния причиняются не личности либо имуществу, как в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ), а интересу, который выступает как универсальный объект правовой защиты. Он может состоять в охране жизни, здоровья, свободы, имущественных прав, чистых экономических убытков, договорных отношений, вещей и т.д. Есть подробная детализация объектов того, в чем может проявлять себя интерес, и список этот открытый (ст. 2:102 *PETL*)²⁵.

²⁰ О соотношении категорий предвидимости размера и вида убытков см.: [Сераков В.В., 2016: 159–184]; [Komarov A., 2008: 245–264].

²¹ Art. 74 *CISG*.

²² Хотя буквально ст. 7.4.4 не ограничивает действие предвидимости убытков какой-либо формой вины, но толкование, приведенное на официальном сайте УНИДРУА, говорит в пользу обратного понимания. Available at: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (дата обращения: 10.02.2020)

²³ Art. 9:503 *PECL*.

²⁴ Art. 3:201, 4:102(1) *PETL*.

²⁵ Статья 2:102(1) *PETL* гласит: «Объем защиты интереса зависит от его природы: чем выше его ценность, точность определения и очевидность, тем более широкой должна быть его защита».

Характерной и пронизывающей весь текст *PETL* особенностью пяти европейских документов выступает повсеместная судебная дискреция в отношении снижения заявленных убытков. Она принадлежит суду в многочисленных случаях: при уменьшении стоимости возмещения с учетом имущественного состояния деликвента²⁶; при возможных разумных действиях истца по уменьшению ущерба и расходов, им произведенных²⁷; при снижении заранее исчисленных убытков, названных заблаговременно определенной выплатой при неисполнении, когда по общей концепции твердая сумма причитается без измерения потерь и разрушительности последствий²⁸; при обязанности предвидеть размер ущерба (ст. 9:503 *PECL*).

Другой характеристикой регулирования, которая имеет большое практическое значение, является разница в воплощении принципов полного возмещения при несоблюдении договорных условий и причинении вреда. При нанесении последнего определение взыскания, если присуждаются убытки, происходит, как если бы не было вредоносного действия, а не как если бы обязательство, которое по российскому праву возникает в силу появления такого ущерба, было исполнено добровольно²⁹.

В регулировании деликтов и договоров английское влияние просматривается в приоритетности присуждения финансовых выплат перед принудительным исполнением обязательства [Burrows A., 2017: 972–973]. Мы выделили ряд принципиальных подходов в связи с этим. В европейском праве деликт не порождает обязательства. Этот термин в *PETL* отсутствует. Но декларируется соответствующая правовая связь при причинении вреда не имуществу и личности (как в России), а интересу. Отсюда важное следствие: исправление вреда, починка, замена, восстановление вещей возможны в качестве запасного, а не приоритетного средства правовой защиты. Статья 10:104 *PETL* устанавливает, что вместо убытков восстановление в натуре может быть истребовано пострадавшей стороной в той мере, в какой это «возможно и не является обременительным для другой стороны»³⁰. По причине наличия данного положения можно себе представить, что требования о восстановлении в натуре были, есть и будут довольно редкими.

Разумеется, и любые последствия причинения вреда в *PETL*, например немонетизируемый ущерб³¹, влекут денежную выплату. Немонетизируемый

²⁶ Art. 10:401 *PETL*.

²⁷ Art. 9:505(1) *PECL*. Аналогичные положения содержатся в ст. 7.4.8(1) *PICC* и ст. 77 *CISG*.

²⁸ Art. 9:509(1) *PECL*.

²⁹ Art. 10:101 *PETL*.

³⁰ Art. 10:104. *PETL*.

³¹ Он определяется как ущерб здоровью, достоинству, свободе или другим правам, связанным с личностью (ст. 10:301(1) *PETL*).

вред компенсируется только финансовым способом: такова его природа, но и при повреждении вещей в *PETL* не предусмотрены так называемая автоматическая замена или исправление причиненного должником.

В понятие немонетизируемого ущерба, в частности, входят смерть и личные увечья (ст. 10:202 *PETL*). Здесь возмещение безальтернативно — денежная компенсация. Чтобы дать представление о разграничении с категорией монетизируемого вреда, отметим, что при увечьях потерянная заработная плата, медицинское сопровождение, утрата дохода выступают его разновидностью³², а страдания жертвы и ее близких людей³³ сюда не относятся. В российском праве предусмотрен моральный вред (ст. 151 ГК РФ). На уровне судебной практики признано, что он может быть взыскан в связи с утратой родственников, но не вследствие их увечья, хотя в узком смысле вред личности истца при этом не наносится.

Предпочтительность денежного исполнения в контрактных отношениях прослеживается столь же явно. Несмотря на текущее нарушение обязательств, кредитор по денежному требованию всегда может взыскать причитающиеся ему платежи и эквивалент стоимости денег в виде процента по краткосрочным необеспеченным кредитам в месте нахождения кредитора³⁴. Таким образом поддерживаются стоимость и большая исполняемость финансовых обязанностей по сравнению с другими. Для этого кредитор должен придерживаться всего двух условий: не заключать замещающую сделку и продолжать делать имущественное предоставление должнику (ст. 9:508 во взаимосвязи с ст. 9:101 *PECL*). При этом существует широкое усмотрение судов на предмет того, стало ли такое исполнение кредитора неразумным (ст. 9:101(2) *PECL*).

В европейском праве (по совокупности приведенных документов) не всегда можно требовать натуральное исполнение по контракту. Нельзя вообще взыскивать его, если его можно получить из другого источника, оно стало обременительным для должника, оно не заявлено оперативно и т.д.³⁵ На институт убытков, его универсальность, действенность оказывает влияние режим денежного обязательства. Оно взыскивается, если кредитор испол-

³² Art. 10:202(1) *PETL*.

³³ Art. 10:301(1) *PETL*.

³⁴ Art. 9:508(1) *PECL*.

³⁵ Так, ст. 7.2.2 *PICC* гласит: «Исполнение или, где это уместно, принудительное исполнение является неразумно обременительным или чрезмерно затратным... Сторона, которая вправе получить исполнение, может разумно получить его из другого источника... Исполнение носит исключительно личный характер... Сторона, имеющая право на получение исполнения, не потребовала его в разумное время после того, как она узнала или должна была узнать о неисполнении».

нил свою часть, с прибавлением ставки по краткосрочному кредиту³⁶, в то время как принудительное осуществление неденежного требования происходит с оговорками.

2. Другие особенности присуждения убытков в европейских актах унификации обязательственного права

Европейская концепция внедрила значительное ослабление фундаментального принципа *pacta sunt servanda* путем революционного пересмотра института выхода из договора. Континентальные национальные правовые порядки оставляли исключительно за судом прерогативу оценивать, имело ли текущее отклонение от исполнения фатальный или неустрашимый характер и можно ли расторгнуть сделку по требованию или нет.

PICC установили: при неисполнении, односторонне оцениваемом как «фундаментальное»³⁷, договор расторгается уведомлением³⁸. В них сказано, что, если даже речь не идет о так называемом существенном нарушении, кредитор всегда может направить оповещение о предоставлении отсрочки. До истечения этого периода он может требовать убытки, а после — расторгнуть сделку или даже сказать, что она автоматически прекращается по прошествии установленного отрезка времени. При этом, по общему правилу, он может быть любым³⁹. Нужно отметить, что такая несвязанность договором, ведущая свое начало от английского права, является феноменальной. Но, с другой стороны, она служит ответом на возрастающую динамику именно коммерческого, а не вообще имущественного оборота и отражает значимость правового регулирования. Бытовые же договоры уходят в область законодательства о защите прав потребителей⁴⁰. Сделки между гражданами теперь заключаются сравнительно редко.

Возникает закономерный вопрос: как быть, если нарушение алгоритма исполнения настолько ничтожно, что с трудом можно определить, имело ли оно место вообще? Представим на минуту задержку исполнения на совсем короткий срок, которая автоматически завершает контрактные взаимоотношения тогда, когда стороны уже активно обменялись имущественными

³⁶ Art. 7.4.9(2) PICC.

³⁷ Art. 7.3.1(1) PICC.

³⁸ Art. 7.3.2(1) PICC.

³⁹ Art. 7.1.5. PICC. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2502899> (дата обращения: 10.02.2020)

⁴⁰ См. официальный сайт УНИДРУА. Available at: URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 11.02.2020)

предоставлениями. Внедрение этой концепции, на первый взгляд, чревато дезорганизацией коммерческих связей. Вместе с тем, следование вышеупомянутому правилу сопровождается новым, усиленным значением института убытков. Последние, по *PECL*, состоят из неденежных потерь, будущих убытков, которые с разумной вероятностью произойдут⁴¹, но при легкой небрежности они должны быть разумно предвидимы как результат неисполнения (ст. 9:503 *PECL*) [Садиков О.Н., 2016: 205]. Довольно известным ограничителем будет способствование пострадавшей стороны появлению ущерба или увеличению его размера⁴². При денежных непоступлениях, рассматриваемых отдельно, кредитор взыскивает от их номинала ставку краткосрочного кредита и любые иные убытки (ст. 9:508 *PECL*).

В *PETL* прямо отражено, что убытки присуждаются как денежный эквивалент некоего упущения, как если бы вред интересу, охраняемому в зависимости от его природы, места не имел⁴³. При этом компенсация ущерба утраченного выступает как базовое средство правовой защиты, а возмещение в натуре происходит по особому требованию, необременительному для ответчика (ст. 10:104 *PETL*).

Натуральное исполнение не ограничивается только совершением того, что ожидалось, — оно применяется также в виде возложения на ответчика последствий от собственных трат на исправление в натуре⁴⁴. Такой важнейший правовой инструмент, как возложение убытков, охватывает и компенсацию на «восстановление неполученных выгод» при нарушении конфиденциальности, в случаях недобросовестного ведения или прерывания переговоров⁴⁵.

Убытки в полном объеме присуждаются в пользу несведущей стороны сделки, противоречащей фундаментальным принципам правопорядка или заключенной в нарушение императивных правовых норм⁴⁶, а также если лицо было обмануто, оказалось жертвой угрозы, навязывания условий и

⁴¹ Art. 9:501(2) *PECL*.

⁴² Art. 9:504 *PECL*.

⁴³ Статья 10:101 *PETL* указывает: «Убытки — это денежный платеж с целью компенсации пострадавшей стороны... для восстановления в той мере, в какой это могут сделать деньги, ее положения, как если бы правонарушение не было бы совершено...».

⁴⁴ «Пострадавший... взыскивает дополнительные расходы, им понесенные, если это разумно» (ст. 10:203(1) *PETL*). Available at: <https://petl.readthedocs.io/en/stable/> (дата обращения: 12.02.2020)

⁴⁵ Arts. 2:301–2:302 *PECL*.

⁴⁶ Статья 15:101 *PECL* гласит: «Договор не имеет юридической силы в той мере, в какой он противоречит фундаментальным принципам права членов Европейского союза», — а согласно ст. 15:105(1) Принципов, «сторона контракта, не имеющего юридической силы в соответствии со статьями 15:101, 15:102, может взыскать убытки с другой стороны...» (ст. 15:105(1) *PECL*). См.: [Michaels R., 2014: 643–668].

др.⁴⁷ На усмотрение суда остается возложение на ответчика потерь, возникших при неточности (неправильности) информации⁴⁸ или ошибке, повлекшей заключение договора, из которого впоследствии потерпевшая сторона может выйти путем простого уведомления. Возмещение утрат положено третьему лицу агентом, если он действовал без полномочий от принципала⁴⁹.

Компенсация сопутствует любому неисполнению, кроме обстоятельств вне контроля причинителя (ст. 9:501(1) *PECL*). В договорных отношениях нет такого значения вины для возмещения убытков, которое все еще имеется в аналогичных ситуациях в законодательстве РФ. Вместе с тем, оно является определяющим в ряде ситуаций. Согласно *PECL*, любое умышленное неисполнение делает нарушение договора фундаментальным (т.е. существенным)⁵⁰. При ненамеренном игнорировании и грубой небрежности не применяется условие о предвидимости возмещаемых убытков (ст. 9:503 *PECL*).

Мы также хотели бы выделить два положения, которые при определенных ситуациях являют собой пример достаточно совершенной юридической техники. Это особенно рельефно проявляется при сравнительном анализе с аналогичными нормами ГК РФ. В российском праве абзац второй п. 2 ст. 393 ГК РФ позволяет взыскивать убытки в объеме, как если бы обязательство было исполнено надлежащим образом, и ст. 15 устанавливает возмещение потерь для полного восстановления субъективного гражданского права. *PECL* дают иной критерий: как если бы договор был исполнен надлежащим образом. Согласно ст. 9:502, «общий размер убытков равен сумме, которая ставит пострадавшую сторону в положение, наиболее близкое к тому, которое она занимала бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом».

Очень часто контрагенты не следуют алгоритму разрыва соглашения; тогда требующий прекращения сделки получает преимущество (как инициировавший путем выхода из договора прекращение обязательства). Если от реализации договора ожидалась определенная выгода, то уже не так важно, остаются ли некоторые обязательства в силе после его прекращения или нет. Убытки тогда должны заявляться как совокупный негативный итог, не в привязке только лишь к отдельному обязательству, но к контракту в целом. Претензия об ущербе и неполученном стимулирует согласование взаимных новых обязанностей, устраняет существование их в прежнем виде, когда прошло время, установленное контрактом. Такая формула убытков (как если бы весь договор был исполнен надлежащим образом, а не только

⁴⁷ Art. 4:117(1) *PECL*..

⁴⁸ Arts. 4:104, 4:106 *PECL*.

⁴⁹ Art. 3:204(2) *PECL*.

⁵⁰ Art. 8:103 *PECL*..

применительно к обязательству (п. 2 ст. 399 ГК РФ)) представляется более рациональной, по крайней мере, более обобщающей, может быть, даже более удобной.

PECL реципировали другой важнейший институт английского права, а именно, заранее исчисленные убытки [Benjamin P., 1960: 600–627] (ст. 9:509(1) *PECL*). Согласованный платеж за неисполнение в ГК РФ (ст. 406.1) называется «возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств». В п. 1 ст. 406.1 ГК РФ говорится: «Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (*потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.*). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения» [*курсив мой.* — Ю.М.]. В *PECL* причина неисполнения неважна. Это может быть и форс-мажор; правда, чрезмерные суммы денежных выплат снижаются во всех случаях судом⁵¹.

Попробуем разобраться в том, какое значение имеет включение такого инструмента, как заранее исчисленные убытки, в *PECL*. Полагаем, что введение абсолютной ответственности в виде рассчитанного ущерба, когда помимо виновного поведения риски, в чем бы они ни состояли, несет давшая правовое обещание сторона, более того, в заранее определенном размере, — прогрессивный шаг. Напрашивается аналогия со штрафной неустойкой, с той лишь разницей, что такая неустойка не взыскивается ввиду чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств, так как отпадает общее основание ответственности. Кроме того, она снижается при явной несоразмерности, если на таковую ссылается ответчик-коммерсант, и при необоснованной имущественной выгоде пострадавшей стороны.

Подытожим: представляется, что положение *PECL* о заранее исчисленных убытках — аналог новой ст. 406.1 ГК РФ о возмещении потерь. Эта статья содержит три нововведения, которые идут вразрез с неуклонно развивающейся цивилистической теорией. Первое и главное: суд не может снижать оговоренную величину, даже если она частным соглашением сторон определена в размере, не соотносимом с ожидавшимся неисполнением (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ). Второе: выплачиваемую сумму будущих и происшедших потерь нужно назначать не за нарушение обязательств. Третье и, если так

⁵¹ Art. 9:509(2) *PECL*.

можно выразиться, «самое особенное» нововведение заключается в факторе способствования потерпевшим увеличению размера потерь. Только он позволит уменьшить объем выплат.

Усмотрение правоприменителя в делах об убытках, происходящих как в договорных отношениях, так и в результате совершения деликтов, находит выражение в широком применении критериев разумности⁵², добросовестности и «честной практики» (*fair dealing*)⁵³. В ст. 3:201(b) во взаимосвязи с ст. 2:102(1) *PETL* суду вменяется возможность варьировать объем присуждения в зависимости от сущности охраняемых интересов. Если объектом нарушенных прав оказываются жизнь, физическая неприкосновенность, достоинство, человеческий рассудок, свобода, то истец должен получить «более широкую защиту»⁵⁴. На условном втором месте стоит результат от вреда умышленного⁵⁵. На третьем — имущественные права и бестелесное имущество⁵⁶. Оговаривается, что права на защиту так называемых чистых экономических интересов, возникающих вследствие контрактных взаимоотношений, зависят от «непосредственности причинной связи между деликтом и потерпевшим лицом»⁵⁷.

Каузальность прослеживается между неправомерным действием и вредом. Формулировки европейского регулирования дают основание считать, что не только вещи, но и имущественные блага могут оберегаться инструментом деликтных требований.

В ст. 1064 ГК РФ сказано, что платит тот, на кого право возлагает ответственность компенсировать ущерб⁵⁸. Мы считаем, что по российскому регулированию работодатель, опекун, родитель отвечают вместо *de facto* причинителя, а помешавшее исполнению договора третье лицо, которое, например, воспрепятствовало получению выгоды, — нет, поскольку здесь вреда имущественному праву может не быть. По мнению ряда представителей отечественной доктрины, контролирующие лица, не находясь в отношениях с кредитором, отвечают по канонам о деликтной ответственности [Егоров А.В., Усачева К.А., 2013]; [Гутников О.В., 2016], но нет нормы о санкциях за вредоносное поведение представляемого лица. Для его привлечения правоприменитель должен расширительно толковать положение о совместном причинении вреда (ст. 1080 ГК РФ).

⁵² Art. 4:102(1) *PETL*.

⁵³ Art. 8:109 *PECL*.

⁵⁴ Art. 2:102(2) *PETL*.

⁵⁵ Art. 2:102(5) *PETL*.

⁵⁶ Art. 2:102(3) *PETL*.

⁵⁷ Art. 2:102(4) *PETL*.

⁵⁸ Аналогичное положение мы видим в ст. 1:101(1) *PETL*.

Несмотря на выход Великобритании из ЕС, английская юридическая терминология продолжает играть главенствующую роль. Большое значение в связи с этим имеют уяснение смысла ключевых понятий и сравнение их с российскими. Универсальным термином *PECL* для обозначения убытков выступает слово «damages», употребляемое во множественном числе для подчеркивания многообразия обозначаемых им потерь⁵⁹. Понятие «damages» раскрывается через концепт «loss» (ст. 9:501 *PECL*) (буквально — «утрата»). В *PICC* объем убытков («damages») расширяется и охватывает потерю практически реализуемых шансов (loss of a chance), которые иногда рассчитываются пропорционально вероятности⁶⁰, например 25%, 50%.

В официальном комментарии к *PICC* написано, что «убытки включают понесенные потери, в том числе упущенную выгоду», но при этом не используется термин «damage», а только «harm». В *CISG* слово «damage» употреблено только в двух статьях, которые посвящены риску потери или повреждения товаров (ст. 66 и 68). Здесь концепт «damage» тяготеет к российскому понятию «ущерб», куда упущенный доход (loss of profit) не входит. Вместе с тем, в отечественном законодательстве существует понятие «реальный ущерб», которое уже категории «ущерб», включающей, в том числе и моральную его разновидность. В *PETL* дается схожее деление убытков на материальный и моральный вред (harm)⁶¹. В ст. 10:101 *PETL* есть определение убытков как цены потерянного; аналогичным образом и в ст. 15 ГК РФ — это «расходы, которое лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести». В европейских источниках прямо указано, что общая категория убытков включает нематериальную их разновидность, что следует учитывать при задействовании данного средства правовой защиты.

⁵⁹ В единственном числе этот термин встречается только в трех фразах: «The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could not reasonably know of: (a) the identity of the debtor; or (b) the facts giving rise to the claim including, in the case of a right to damages, the type of *damage*» («Течение давности приостанавливается, пока кредитор не знает и не может разумно знать: (а) о личности должника или (б) о фактах, порождающих право требования, включая, в случае права требования возмещения убытков, вид ущерба») (ст. 14:301); «Solidary obligations also arise where several persons are liable for the same *damage*» («Солидарные обязанности также возникают, когда несколько лиц несут ответственность за один и тот же ущерб») (ст. 10:102(2)); «If two or more debtors are liable for the same *damage* under Article 10:102(2), their share of liability as between themselves is determined according to the law governing the event which gave rise to the liability» («Если два или более должника несут ответственность за причинение одного и того же *ущерба* в случае, предусмотренном статьей 10:102(2), доля ответственности каждого из них определяется в соответствии с законом, регулирующим событие, повлекшее ответственность») (ст. 10:105(2)).

⁶⁰ Art. 7.4.3(2) *PICC*. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 13.02.2020)

⁶¹ Art. 2:101 *PETL*.

Напрашивается общий вопрос: насколько нормативные решения *PECL* и *PETL* дают основания для модернизации текста ГК РФ? Сначала оговорим то, что со всей очевидностью не подходит, — это отмена презумпции виновности при деликтах, степень свободы, позволяющая ликвидировать связанность договором. К таким нововведениям российский правовой порядок явно не готов. Можно позаимствовать следующие правовые механизмы: платеж за простое неисполнение, уменьшаемый судом в радикальных случаях; варьирование объема ответственности в зависимости от степени вины; предпочтительность и еще бóльшая универсальность возмещения убытков как лучшего средства правовой защиты в коммерческом обороте.

3. Концепция убытков по ГК РФ

В России принята обновленная концепция регулирования убытков. Их возмещение выделено в качестве центрального способа правовой защиты. Статья 12 ГК РФ содержит упоминание таковых, а последующие нормы (ст. 13–16.1) дают детализацию пяти из них. Возмещение убытков (ст. 15) — единственное универсальное средство судебного воздействия. При этом с принятием части первой ГК РФ впервые в отечественном законодательстве оно перенесено в общую часть⁶², а ранее использовалось только применительно к обязательствам. Важной отличительной чертой рассматриваемого института является его субсидиарность при нанесении повреждений, так как он задействуется вследствие неисполнения обязательства в связи с вредом имуществу. Ввиду этой характеристики отечественное понятие компенсации убытков расходится с европейской парадигмой внедоговорной ответственности. Рамки настоящей публикации не позволяют привести иные точки зрения, которые сильно отклоняются от буквального смысла закона (ст. 1082 ГК РФ).

ГК РФ содержит три нововведения, за долгие годы не нашедшие должного отклика в судебной практике, и получившие незаслуженно малое освещение в теории гражданского права.

Цель возмещения — это полное восстановление нарушенного права, а не только имущества. В европейских документах используется в основном формулировка «as nearly as possible» («насколько это возможно»). Убытки, взыскиваемые за ущерб репутации, срыв возможности купить товары по заключенному договору ниже рыночной цены, в случае их компенсации не возвращают потерянного имущества, а замещают утраченную ценность субъективного права, эквивалентную будущим расходам на приведение в

⁶² Федеральный закон от 30.11.1994 № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 05.12.1994. N 32. Ст. 3301.

прежнее состояние делового имиджа и пр. Контрагенты, не получившие товары по привлекательной стоимости, не испытывают ни реального ущерба, ни упущенной выгоды согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ. Вместе с тем, они вправе взыскать разницу между рыночной и более низкой контрактной ценой — это расходы на восстановление нарушенного права.

Следующим, бесспорно, революционным положением надо считать вероятностный характер упущенной выгоды, вытекающий из формулировки о том, что она может составлять доходы, «которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено». Судебная практика проникалась этим тезисом постепенно, начиная с введения в ст. 393 ГК РФ п. 5 об обязанности суда самостоятельно определить величину убытков⁶³. Однако тема настоящей публикации — сравнительный анализ нормативного регулирования убытков, а не судебная практика и ее подходы.

Завершающим системным изменением, позволившим заложить основу нового понимания концепции «убытки», выступает абзац второй п. 2 ст. 15 ГК РФ: «Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы». Упомянутые европейские акты подобного регулирования не содержат.

Представляется, что вышеупомянутые нововведения создают более широкие возможности для использования института возмещения убытков, не быстро, но неуклонно реализуемые правоприменителями в России. Вместе с тем, мы видим, что законодательный импульс с целью придания нового, главенствующего значения именно возмещению убытков среди других средств защиты прав пока не достигает цели.

Более детальное регулирование убытков осуществляется применительно к обязательствам. Такие условия, как презумпция вины, критерии достоверности и разумности, учитываемые при определении величины убытков, включены только в гл. 25 ГК РФ. В абзаце втором п. 1 ст. 393 выражен принцип универсального возмещения убытков: «Если иное не установлено законом, использование кредитором иных способов защиты нарушенных прав, предусмотренных законом или договором, не лишает его права требовать от должника возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства». Это означает, что обратиться к искам об убытках можно не только тогда, когда это прямо предусмотрено в нормах, которых в ГК РФ множество, но и в любых других случаях, прямо не урегулированных. Если раньше необходимо было установить для этого, по

⁶³ Федеральный закон от 08.03.2015 N 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 09.03.2015. N 10. Ст. 1412.

крайней мере, неисполнение обязательства и наличие имущественных потерь, то теперь (по букве регулирования) требуется лишь нарушение права и возможность его восстановления хотя бы в виде компенсации произведенных расходов, и доказательств их несения не нужно. В предусмотренных ГК РФ случаях предполагается возмещение убытков и в результате правомерного поведения — за разрешенный выход из договоров (поручения, оказания услуг, подряда, комиссии, простого товарищества), отзыв автором произведения, определенные действия правообладателя и т.д. В довершение благоприятного режима, создаваемого законодателем для задействования института убытков, он не ограничивается условием их предвидимости, прямо предусмотренным во всех европейских документах.

Впрочем, законодательные предпосылки к легкому использованию требований о взыскании убытков не привели за почти 30 лет существования ГК РФ к их преобладанию в судебных делах и третейских разбирательствах.

Заключение

Подводя итог, нужно сказать, что европейское регулирование вобрало в себя решения и институты англосаксонской системы права. Мы не беремся сказать, хорошо это или плохо, когда привычные инструменты радикально трансформируются в некие гибридные средства, которые «обкатаны» в правовой системе, где главенствует судебный прецедент в его многообразной интерпретации юристами-практиками, судьями, адвокатами. С точки зрения практики полезным представляется разбор европейского опыта и результатов использования концепции убытков, сложившейся в континентальном праве. Стимулирование тяжущихся к искам об убытках способствует усилению культуры улаживания споров, для которой аргументация и правовое обоснование позиций играют наиболее важную роль. Это будет иметь результатом накопление дальнейшего юридического материала в виде публикуемой судебной практики, которую еще шире и увлеченнее можно будет использовать в науке, что приведет к выходу еще большего количества публикаций, увеличению их содержательности и повышению качества при изложении проблемных вопросов взыскания убытков.

Особое внимание к требованиям о компенсации понесенного ущерба и неполученной выгоды будет иметь следствием ощутимую процессуальную экономию, так как обычно крупные споры сопровождаются множеством исков вовлеченных субъектов, в то время как дело об убытках, даже одно, может их, по сути, соединить и заменить, так как здесь подводятся финансовые итоги взаимоотношений сторон. Хотя и более объемные, такие дела вбирают в себя все спорные вопросы, как-то: о правовой силе оспариваемых сделок, встреч-

ных требованиях, цене нарушения и др. Здесь же анализируются важнейшие аспекты вины, независимо от того, коммерческий или нет, например просто корпоративный, характер носят отношения сторон конфликта.

Институт возмещения убытков является главным во всем гражданском праве и настоятельно требует развития и улучшения.

Библиография

Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк // Вестник ВАС РФ. 2014. N 6. С. 4–21.

Байбак В.В. Утрата благоприятной возможности (loss of a chance) как разновидность договорных убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. N 5. С. 63–73.

Гутников О.В. Субсидиарная ответственность в законодательстве о юридических лицах: необходимость реформ // Адвокат. 2016. N 9. С. 5–13.

Егоров А.В., Усачева К. А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова // Вестник ВАС РФ. 2013. N 12. С. 6–61.

Коциоль Х. Гармонизация и фундаментальные вопросы европейского деликтного права (начало) // Вестник гражданского права. 2017. N 5. С. 173–228.

Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. 226 с.

Садиков О.Н. Модельные правила европейского частного права / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сб. ст. М.: Статут, 2016. С. 200–211.

Сераков В.В. Сравнительно-правовой анализ предвидимости убытков как способа ограничения размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2016. N 4. С. 159–184.

Benjamin P. Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contract: A Comparative Study of English and Continental Law. *International & Comparative Law Quarterly*, 1960, issue 4, pp. 600–627.

Burrows A. *Oxford Principles of English Law: English Private Law* / ed. by A. Burrows, D. Feldman. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, 3104 p.

Hesselink M. The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Land-o Commission. *Global Jurist Frontiers*, 2001, no 1, pp. 5–95.

Komarov A. The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments / *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* / D. Saidov and R. Cunnington (eds.). Oxford: Bloomsbury, 2008, pp. 245–264.

Michaels R. The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*, 2014, vol. 19, no 4. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2502899> (дата обращения: 12.02.2020).

Nicholas B. *The French Law of Contract*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1992, 292 p.

Perillo J. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: the black letter text and a review*. *Fordham Law Review*, 1994, no 2, pp. 281–344.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Damages Recovery Claims Regulation in Civil Code of RF and in Principles of European Contract and Tort Law

Yuri Monastyrsky

Associate Professor, Sevastopol State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 33 Universitetskaya Str., Sevastopol 299053, Russia. E-mail: monastyrsky@mzs.ru



Abstract

Liability constitutes a key concept of the Civil Law science. Its universal implication lies in the monetization of another person's negative property consequences and the assignment of its financial results to the complicit party. In the present paper the evolution of the said legal institution is reviewed. At the dawn of our civilization the liability manifested a response to a non-compliance with prescriptions of law and represented a fine to be paid in a multiple amount of the loss. As our society progressed, we started classifying the monetary repressions into civil and criminal liability, into liability acting as a response to personal affronts and liability for failure to perform contractual or non-contractual property obligations. At the same time penalty failed to restore one's financial position in some cases and, conversely, allowed for abuse of rights. Another way of legal protection became widely adopted — damages for losses. The concept of loss of profit was also accepted into widespread professional use as an important component of damages. The Russian Civil Code provided for the development of the said instrument, as it was defined as “future losses for the restoration of the violated right”. Unfortunately, at the present time it does not find a widespread application among litigants. Judges also fail to comprehend such a broad understanding of possible damages. The comparison between the traditional and modern concepts regarding this issue found its reflection in the corresponding chapter. The structure of gross domestic product (GDP) with prevailing services sector is the economic parameter of the post-industrial society and its fundamental attribute. The civil liability of service producers is of a much stricter nature. For instance, they are forced to pay damages for a rightful unilateral repudiation of the contract, no matter customers are citizens or not, whereas the legal tradition prescribes to pay damages only if the party acted in breach of law. In the present work the author draws a conclusion on the increasing importance of damages and their new role.



Keywords

liability, damages, civil law, fault, PETL, PECL, actual damages, loss of benefit, loss of chance, specific performance.

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

For citation: Monastyrsky Yu. E. (2021) Damages Recovery Claims Regulation in Civil Code of RF and in Principles of European Contract and Tort Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 87–108 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.87.108



References

- Baybak V.V. (2014) Causal relationship as a condition of contractual liability: comparative legal sketch. *Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda*, no 6, pp. 4–21 (in Russian)
- Baybak V.V. (2015) Loss of a chance as a type of contractual losses. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudia*, no 5, pp. 63–73 (in Russian)
- Benjamin P. (1960). Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contract: A Comparative Study of English and Continental Law. *International & Comparative Law Quarterly*, issue 4, pp. 600–627.
- Burrows A. (2017) Oxford Principles of English Law: English Private Law, A. Burrows, D. Feldman (eds.). 3rd ed. Oxford: University Press. 3104 p.
- European Group on Tort Law (2005) Principles of European Tort Law: Text and Commentary. Vienna: Verlag Österreich. 282 p.
- Egorov A.V., Usacheva K.A. (2013) Subsidiary liability for bringing to bankruptcy — an unsuccessful equivalent of the Western doctrine of lifting the corporate cover. *Vestnik Vysshegi arbitrazhnogo suda* no 12, pp. 6–61 (in Russian)
- Gutnikov O.V. (2016) Subsidiary liability in the legislation on legal entities: the need for reforms. *Advokat*, no 9, pp. 5–13 (in Russian)
- Hesselink M. (2001) The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission. *Global Jurist Frontiers*, no 1, art. 4, pp. 5–95.
- Komarov A. (2008) The Limitation of Contract Damages in Domestic Legal Systems and International Instruments. *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. D. Saidov and R. Cunnington (eds.). Oxford: Bloomsbury Publishing, pp. 245–264.
- Kozioł H. (2017) Harmonization and fundamental issues of European tort law (beginning). *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 5, pp. 173–228 (in Russian)
- Michaels R. (2014) The UNIDROIT Principles as Global Background Law. Available at: URL: <https://ssrn.com/abstract=2502899> (accessed: 12.02.2020)
- Nicholas B. (1992) *The French Law of Contract*. 2nd ed. Oxford: Clarendon. 292 p.
- Perillo J. (1994) Unidroit Principles of International Commercial Contracts: the black letter text and a review. *Fordham Law Review*, no 2, pp. 281–344.
- Sadikov O.N. (2009) *Losses in the civil law of the Russian Federation*. Moscow: Statut, 226 p. (in Russian)
- Sadikov O.N. (2016) Model rules of European private law. Actual aspects of modern practice of international commercial turnover: collection of papers. Moscow: Statut, pp. 200–211 (in Russian)
- Serakov V.V. (2016) Comparative legal analysis of the foreseeability of losses as a way to limit the amount of damage caused. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4, pp. 159–184 (in Russian)

Условия приобретательной давности и необходимость их реформирования¹



А.С. Подмаркова

Старший преподаватель, департамент правового регулирования бизнеса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: apodmarkova@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена выявлению проблем применения таких условий приобретательной давности, как добросовестность владения и владение вещью как своей собственной. Несмотря на разъяснения высших судов, практика и доктрина убедительно демонстрируют необходимость переосмысления подходов к пониманию этих условий. Автор анализируются предлагаемые пути изменения ст. 234 Гражданского кодекса Российской Федерации, в том числе предложения об исключении условия добросовестности из числа обязательных реквизитов приобретательной давности. Оценивая необходимость и обоснованность соответствующих изменений, автор приходит к выводу, что предъявление законом тех или иных условий приобретательной давности прежде всего предопределяется целями признания таковой основанием приобретения права собственности: как способа восполнения отсутствующего основания возникновения этого права или как способа замещения собственника, фактически устранившегося от владения вещью. В некоторых случаях правоприменительная практика убедительно показывает потребность более широкого понимания и применения приобретательной давности в качестве основания приобретения права собственности. Это обосновывает возможность дифференцированного подхода к предъявлению и толкованию условий приобретательной давности, но не их исключение из норм Гражданского кодекса Российской Федерации. Автор исходит из того, что изменение регулирования в части условий приобретательной давности должно производиться с учетом необходимости соблюдения баланса интересов титульного собственника вещи, ее фактического владельца, общества и государства. Сделан вывод, что изменение подходов к пониманию условий приобретательной давности само по себе не ущемляет интересы титульных собственников, в том числе исходя из толкования норм об отказе от права собственности, предусмотренных ст. 236 ГК. Подтвержденная Конституционным Судом Российской Федерации возможность дифференцированного понимания оценочного критерия добросовестности подкрепляет необходимость изменения подходов законодателя и судов к пониманию назначения института приобретательной давности и условий его применения.

¹ Законодательство и судебная практика даны по состоянию на 01.03.2021.



Ключевые слова

приобретательная давность, приобретение права собственности по давности владения, добросовестное владение, владение вещью как своей собственной, отказ от права собственности, конституционность условий приобретательной давности.

Благодарности: статья подготовлена при информационной поддержке СПС Консультант Плюс

Для цитирования: Подмаркова А. С. Условия приобретательной давности и необходимость их реформирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 109–138.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.109.138

Введение

Одно из оснований приобретения права собственности, последнее по упоминанию в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее — ГК РФ), но не последнее по значимости — приобретательная давность, регулируемая ст. 234 ГК РФ. О значении ст. 234 и практических проблемах применения данного института² свидетельствует большое количество судебных решений, в которых искомым требованием является признание права собственности на вещь в силу приобретательной давности. Вместе с тем случаев удовлетворения таких исковых требований немного (хотя в последние годы наметилась позитивная тенденция). В большинстве случаев удовлетворению исковых требований препятствует отсутствие того или иного условия приобретательной давности. С учетом предложений по реформированию вещного права, а также подготовки Минэкономразвития проекта изменений норм ГК РФ в части приобретательной давности³, попробуем разо-

² Даже несмотря на наличие разъяснений высших судебных инстанций, напр.: Постановление Пленума ВС РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее — Постановление № 10/22), Обзор судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 19.03.2014), п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.12.2010 № 143 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации».

³ Проект ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса РФ в части совершенствования порядка применения приобретательной давности в качестве основания возникновения права собственности на недвижимое имущество» (далее — Проект закона о приобретательной давности). Available at: URL <https://regulation.gov.ru/projects#npa=90986> (дата обращения: 01.03.2021)

браться, какие проблемы применения условий приобретательной давности существуют на практике, требуют ли они изменения действующего законодательства и предусмотрены ли соответствующие изменения разработанными законопроектами.

Статья 234 предусматривает четыре условия (требования), предъявляемых в совокупности законом фактическому владельцу для приобретения им права собственности на вещь в силу приобретательной давности: добросовестность, открытость, непрерывность владения и владение вещью как своей собственной. Оценочный характер данных условий обуславливает необходимость их толкования. Постановление № 10/22 разъясняет каждое из них, но несмотря на это анализ судебной практики и мнений научного сообщества обнаруживает отсутствие единого подхода к толкованию двух из них: критерия добросовестности и критерия владения вещью как своей собственной.

1. Понимание добросовестности владения

Добросовестность применительно к приобретательной давности толкуется высшими судами как незнание или предполагаемое (допустимое) незнание / недолжное знание лицом, получившим владение, об отсутствии основания возникновения у него права собственности на вещь, т.е. сводится к субъективному критерию осведомленности лица об отсутствии такого правового основания⁴. Данное понимание добросовестности на практике ставит вопрос: на какой момент времени лицо не должно знать об отсутствии оснований возникновения у него права собственности? Большинство судов считает, что на момент возникновения владения⁵. Причем в указанный момент давностный владелец, по их мнению, не имеет оснований считать себя кем-либо, кроме как собственником соответствующего имущества. Следует

⁴ П. 15 Постановления № 10/22. Вместе с тем п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» исходит из объективного понимания добросовестности как «поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации».

⁵ Напр., п. 15 Постановления № 10/22, Определение ВС РФ от 07.05.2015 № 310-ЭС15-4192 по делу № А08-4516/2012, Постановление АС Дальневосточного округа от 23.09.2019 № Ф03-3888/2019 по делу № А24-5575/2018, Постановление АС Северо-Западного округа от 25.06.2018 № Ф07-4369/2018 по делу № А56-62300/2016, Постановление АС Северо-Кавказского округа от 22.04.2019 № Ф08-2043/2019 по делу № А53-16531/2018 (Определением ВС РФ от 22.08.2019 № 308-ЭС19-13617 отказано в передаче дела № А53-16531/2018 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления), Постановление АС Поволжского округа от 17.12.2015 № Ф06-2951/2015.

отметить, что такое понимание добросовестности обнаруживает связь с другим условием приобретательной давности, а именно с владением вещью как своей собственной. Оно фактически блокирует возможность применения норм о приобретательной давности в отношении имущества, полученного лицом во временное владение и пользование по договору даже после окончания такового и истечения срока для виндикации вещи, поскольку на момент получения владения лицо знает о том, что не является собственником, а значит, речь не может идти о добросовестном владении.

Другой вопрос, встающий на практике, касается периода такого незнания: должно ли оно сохраняться в течение всего срока приобретательной давности, который для недвижимости, например, составляет 15 лет? Вероятно, нет, поскольку в этот период лицо зачастую может узнать об отсутствии у него правовых оснований для возникновения права собственности, например, в результате признания сделки недействительной. В Определении от 20.03.2018 № 5-КГ18-3 Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации пришла к выводу, что требование о добросовестном заблуждении в течение всего срока владения противоречит смыслу положений ст. 234, без какого-либо разумного объяснения препятствует возвращению вещи в гражданский оборот и лишает лицо, открыто и добросовестно владеющее чужой вещью как своей, заботящееся об этом имуществе и несущее расходы на его содержание, не нарушая при этом ничьих прав, легализовать такое владение, оформив право собственности на основании ст. 234. По мнению Суда, «само обращение в суд с иском о признании права в силу приобретательной давности является следствием осведомленности давностного владельца об отсутствии у него права собственности»⁶. Это и другие определения Верховного Суда, вынесенные за последние годы, демонстрируют изменение подхода высшей судебной инстанции к пониманию критерия добросовестности и, как следствие, к пониманию назначения института приобретательной давности в целом.

Примечательно, что изменение подхода преимущественно касается одной и той же категории дел: попытки приобретения в силу приобретательной давности недвижимого имущества, являющегося выморочным, или доли в праве собственности на него⁷. В вышеупомянутом определении была изло-

⁶ См. также: Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 13.10.2020 № 88-21236/2020 по делу №2-316/2020, Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 23.12.2019 по делу № 88-1842/2019.

⁷ К.И. Скловский ставит под сомнение возможность применения норм о приобретательной давности к доле в праве общей собственности, поскольку она не является вещью, и речь идет не о владении долей, а всего лишь о пользовании сособственниками общим имуществом [Скловский К.И., 2020: 56]. Представляется, что в данном случае применение ст. 234 возможно по аналогии (ст. 6 ГК РФ), поскольку практике известны случаи распространения

жена позиция, согласно которой положениями ст. 234 не предусмотрено в качестве обязательного условия для возникновения права собственности в силу приобретательной давности добросовестное заблуждение давностного владельца о наличии у него права собственности на данное имущество. Суд счел, что длительное владение вещью, право на которую отсутствует, предполагает, что давностный владелец способен знать об отсутствии у него такого права, особенно в отношении недвижимого имущества, возникновение права на которое, по общему правилу, требует формального основания и регистрации в публичном реестре. В случае владения имуществом на основании недействительной сделки, когда по каким-либо причинам реституция не произведена, в случае отказа собственнику в истребовании у давностного владельца вещи по основаниям, предусмотренным ст. 302 ГК РФ, либо вследствие истечения срока исковой давности давностный владелец, как правило, может и должен знать об отсутствии у него законного основания для права собственности, однако само по себе это не исключает возникновение права собственности в силу приобретательной давности. При этом суд подчеркнул: добросовестность предполагает, что вступление во владение не было противоправным, что оно совершено внешне правомерными действиями. Это решение демонстрирует попытку восприятия судом добросовестности именно как объективного критерия непротивоправного фактического владения, а не как субъективного незнания фактического владельца об отсутствии у него права собственности.

В Постановлении АС Центрального округа от 13.02.2019 № Ф10-6246/2018 по делу № А48-4640/2017⁸ обнаруживается усредненный субъективно-объективный вариант понимания критерия добросовестности: давностное владение является добросовестным, если, приобретая вещь, лицо не знало и не должно было знать о неправомерности завладения ею, т.е. в тех случаях, ког-

режима вещей на бестелесное имущество (например, виндикация бездокументарных акций и т.д.). Такой подход допустим в ситуации отсутствия иных способов защиты охраняемых законом интересов как крайняя временная мера, применяемая до корректировки регулирования и определения специального способа защиты. К тому же нельзя не учитывать возможность выдела доли в натуре (раздела общей собственности), который трансформирует долю в праве общей собственности на недвижимость в право собственности на конкретное помещение, например, комнату в коммунальной квартире, которая станет самостоятельно участвующей в обороте вещью и признание права собственности на нее в силу приобретательной давности будет возможным. К тому же в силу п. 2 ст. 247 ГК РФ участник долевой собственности имеет право на предоставление в его владение и пользование части общего имущества, соразмерной его доле, т.е. по факту обладание долей в праве собственности предполагает владение конкретной частью вещи, опять же гипотетически могущей стать самостоятельной в результате выдела доли в натуре (раздела общей собственности).

⁸ Определением Верховного Суда РФ от 13.06.2019 № 310-ЭС19-7723 отказано в передаче дела № А48-4640/2017 в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления.

да вещь приобретается внешне правомерными действиями, однако право собственности в силу тех или иных обстоятельств возникнуть не может. Еще более смелый подход виден в Постановлении АС Западно-Сибирского округа: добросовестность лица означает, что владелец убежден в правомерности своего владения, считает основание, по которому получено имущество, достаточным для того, чтобы быть его собственником⁹.

Стоит отметить, что предпосылки отступления от субъективного понимания добросовестности, т.е. применения приобретательной давности даже при знании давностным владельцем того, что он не является собственником вещи, можно обнаружить и в действующем законодательстве. Например, согласно п. 2 ст. 225 ГК РФ, если это не исключается правилами о приобретении права собственности на вещи, от которых собственник отказался (ст. 226), о находке (ст. 227 и 228), о безнадзорных животных (ст. 230 и 231) и кладе (ст. 233), право собственности на бесхозные движимые вещи может быть приобретено в силу приобретательной давности. Формулировка этой нормы породила разные мнения о возможности применения ст. 234 к бесхозным движимым вещам: одни считают, что применение ст. 234 возможно, если нет оснований для применения норм ст. 225-233, т.е. если бесхозная вещь не является находкой, кладом, брошенной вещью, безнадзорным животным¹⁰. Другие специалисты полагают, что речь должна идти о субсидиарном применении ст. 234, т.е. если владельцем вещи не соблюден порядок приобретения права собственности, предусмотренный нормами ст. 225-233, то остается возможность более длительного и сложного способа приобретения по приобретательной давности [Скловский К.И., 2020: 55].

На практике применение при толковании п. 2 ст. 225 ГК РФ первого подхода мало возможно, а второго — затруднительно. В первом случае трудно представить, каким еще образом вещь может стать бесхозной, кроме как в результате отказа собственника от нее, оставления ее без надзора, потери или сокрытия на длительный срок. Во втором случае экономически обоснованному возвращению вещи в оборот теоретически должно препятствовать субъективное понимание добросовестности владения, поскольку в момент возникновения владения брошенной вещью, находкой или кладом лицо

⁹ Постановление АС Западно-Сибирского округа от 31.01.2019 № Ф04-5682/2018 по делу № А03-2990/2018. Определением Верховного Суда РФ от 22.04.2019 № 304-ЭС19-4328 отказано в передаче дела № А03-2990/2018 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления.

¹⁰ «Положения ст. 234 ГК могут быть применены для приобретения права собственности на бесхозную движимую вещь, если нет оснований для применения положений ст. 226–233 ГК». См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая. 2019 // СПС КонсультантПлюс.

знает, что не является ее собственником. Таким образом п. 2 ст. 225 ГК РФ является предпосылкой объективного толкования добросовестности для приобретательной давности.

При оценке обоснованности предъявления законом фактическому владению тех или иных требований (условий) следует исходить из целей регулирования, преследуемых нормами о приобретательной давности. На это уже обращали внимание некоторые представители научного сообщества¹¹. Так, Р. С. Бевзенко обратил внимание на существование исторически разных традиций понимания приобретательной давности: если в римском праве она была нужна для того, чтобы компенсировать (восполнить) отсутствие правовых оснований для возникновения права собственности в случае приобретения вещи у неуправомоченного отчуждателя, то на Руси допускалось приобретение прав на землю и в отсутствие правовых оснований при условии активного фактического владения землей в виде ее обрабатывания. Таким образом, очевидна возможность существования разных подходов к вопросу о назначении института приобретательной давности. По его мнению, Постановление Пленумов № 10/22 и абз. 3 п. 6 ст. 8.1 ГК РФ, закрепляющий презумпцию добросовестности приобретателя недвижимого имущества, полагавшегося на данные ЕГРН, свидетельствуют о восприятии именно римской (западной) концепции назначения приобретательной давности¹².

В то же время в решениях судов последних лет, удовлетворяющих требования о признании права собственности в силу приобретательной давности, можно увидеть, что они зачастую определяют в качестве назначения института приобретательной давности возвращение фактически брошенного имущества в гражданский оборот, включая его надлежащее содержание, безопасное состояние, уплату налогов и т.п.

Судьи считают, что в ситуациях, когда титульный собственник либо публичное образование, к которому имущество должно перейти в силу его бесхозяйности либо выморочности, длительное время не проявляют какого-либо интереса к этому имуществу, не заявляют о своих правах на него, фактически отказываются от прав на него, устраняются от владения имуще-

¹¹ Бевзенко Р.С. Почему судьи гражданской коллегии Верховного суда не знают законов своей страны? // Дело о приобретательной давности. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/25/pochemu_sudi_grazhdanskoj_kollegii_verhovnogo_suda_ne_znayut_zakonov_svoej_strany__delo_o_priobretat (дата обращения: 01.03.2021); Бudyлин С.Л. Дядя Федор поднимает знамя войны. Кейс-стади о приобретательной давности. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/24/dyadya_fedor_podnimaet_znamya_vojny%C2%A0_kejs-stadi_o_priobretatelnoj_davnosti (дата обращения: 01.03.2021)

¹² Бевзенко Р.С. Почему судьи гражданской коллегии Верховного суда не знают законов своей страны? // Дело о приобретательной давности. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2020/03/25/pochemu_sudi_grazhdanskoj_kollegii_verhovnogo_suda_ne_znayut_zakonov_svoej_strany__delo_o_priobretat (дата обращения: 01.03.2021)

ством и его содержания, то может быть удовлетворен иск фактического давностного владельца. При этом понимание добросовестности как незнания фактического владельца об отсутствии у него права собственности на вещь с точки зрения судов не должно препятствовать удовлетворению иска. Поэтому добросовестность в достаточном количестве решений последних лет воспринималась судами как объективная характеристика непротивоправности владения.

2. Категории дел, требующие изменения понимания добросовестности владения

Изменение судами подходов к критерию добросовестности владения уже наблюдается применительно к приобретению по давности выморочного имущества (доли в праве собственности на него) и, на наш взгляд, может быть обусловлено следующей логикой. Государство не является собственником такого имущества изначально, оно становится таковым вынужденно в силу прямого указания закона и не может отказаться от него. Не проявляя к нему интереса в течение длительного периода времени, не обеспечивая надлежащее содержание такого имущества, государство тем самым нарушает интересы участников долевой собственности, вынужденных зачастую нести бремя содержания такого имущества. В этом случае, учитывая публичный интерес в консолидации долей в праве собственности на вещь у одного лица, логично позволить сособственнику приобрести такую долю в силу приобретательной давности.

Труднее обосновать ситуацию, когда речь идет о наследовании в качестве выморочного имущества всего объекта недвижимости. Но и здесь основным аргументом может служить тот, что сама конструкция наследования государством выморочного имущества предусмотрена законом, прежде всего, для того, чтобы предотвратить появление в обороте бесхозного имущества¹³, а не для того, чтобы дать приоритет в получении такого имущества публичному собственнику. При этом если имеется лицо, которое по воле собственника в течение длительного периода времени владело и пользовалось таким имуществом (например, было вселено собственником для совместного с ним проживания, которое продолжилось и после смерти последнего), несло расходы на его содержание (например, уплачивало налоги, коммунальные платежи), осуществляло мероприятия по его сохранению или улучшению (например, оплачивало или производило текущий или капитальный ремонт), то такое

¹³ Аналогичный подход выражен в Постановлении Конституционного Суда от 22.06.2017 № 16-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 1 статьи 302 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Н. Дубовца».

лицо должно иметь возможность приобретения права собственности на имущество в силу приобретательной давности. Вряд ли в таком случае логично требовать добросовестного владения именно как незнания об отсутствии правового основания права собственности на вещь.

Схожая ситуация обнаруживается применительно к объектам недвижимости, не включенным в план приватизации государственного предприятия. За последнее десятилетие суды сформировали достаточно жесткую позицию в отношении данной категории дел: если имущество не вошло в план приватизации (передаточный акт) унитарного предприятия, то оно продолжает оставаться государственной собственностью, о чем организация не может не знать, а, следовательно, нет добросовестного владения объектом. Во многих решениях суды ссылались на ч. 16 ст. 43 Закона о приватизации (утратившую силу в соответствии с Федеральным законом от 29.06.2015 № 180-ФЗ)¹⁴, согласно которой при выявлении имущества, подлежавшего внесению в уставный капитал ОАО и не включенного при его создании в состав приватизированного имущества, указанному обществу предоставлялось первоочередное право приобретения такого имущества по рыночной цене. В связи с тем, что данная норма утратила силу, теперь, на первый взгляд, стало меньше препятствий для «легализации» фактического владения такими объектами в силу приобретательной давности. Вместе с тем во многих решениях суды до сих пор приходят к выводу, что законодательству о приватизации не известен такой ее способ, как приобретательная давность, и отказывают в удовлетворении заявленных требований, несмотря на то, что фактический владелец в течение длительного периода времени несет расходы на содержание недвижимого имущества и даже иногда на его улучшение в отсутствие его фактического «изъятия» собственником из владения предприятия¹⁵. В отличие от ситуации с выморочным имуществом здесь государство изначально является собственником и проявляет свою волю на передачу имущества в частную собственность путем его включения или невключения в передаточный акт при приватизации предприятия.

Вместе с тем, если в течение длительного периода времени государство не прекращает фактического владения предприятия в отношении имущества, не включенного в передаточный акт, изначально полученного во владение

¹⁴ Федеральный закон от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества». Ч. 16 ст. 43 Закона гласила, что невыкупленное обществом имущество должно приватизироваться в порядке, установленном Законом о приватизации.

¹⁵ Вместе с тем есть единичные решения, где требования о приобретательной давности были удовлетворены. Например, Постановление АС МО от 07.07.2017 № Ф05-9365/2017 по делу № А41-82669/2016, Постановление АС МО от 08.12.2016 № Ф05-19208/2016 по делу № А41-1861/16 в которых удовлетворили требования Ростелекома поскольку не было доказательств нахождения объектов в собственности государства и не было притязаний третьих лиц.

по воле государства, т.е. без неправомерного захвата, не истребует это имущество, то возможно истечение срока для виндикации вещи, что само по себе не исключает применение норм о приобретательной давности. Довод, что законодательству о приватизации неизвестен такой способ приватизации, как приобретательная давность, может быть преодолен по аналогии с ситуацией реализации преимущественного права на приобретение доли в праве собственности на недвижимое имущество. Таким образом, в делах данной категории предъявление требования добросовестного владения как субъективного незнания об отсутствии правового основания для права собственности на вещь представляется неоправданным. Справедливости ради стоит заметить, что в некоторых случаях признанию права собственности препятствовало не столько отсутствие добросовестности владения бывшего ГУП или МУП, сколько особое назначение объекта недвижимости (например, детский сад, защитное сооружение гражданской обороны) или изменение его характеристик по сравнению с указанными в документах, что препятствовало его идентификации и удовлетворению требований.

Подводя итоги вышеизложенному, отметим, что практика по некоторым случаям давностного владения убедительно свидетельствует о необходимости трансформации подходов к пониманию критерия добросовестности владения. Такая трансформация, как минимум, подразумевает корректировку разъяснений, содержащихся в Постановлении Пленумов № 10/22, в противном случае остается согласиться с мнением Р.С. Бевзенко, что «Верховный Суд России редуцирует критерий добросовестности совершенно негодными методами»¹⁶. Предпочтительна не трансформация понимания этого критерия на уровне разъяснений высшего суда, а именно его дифференциация на уровне закона применительно к различным случаям приобретательной давности. Однако это не единственный возможный путь изменения действующего законодательства.

3. Пути реформирования ст. 234 ГК РФ в части добросовестности владения

И в доктрине, и в проекте реформирования ГК РФ¹⁷, и в законопроекте Минэкономразвития¹⁸ предлагается исключить критерий добросовестности

¹⁶ Бевзенко Р.С. Почему судьи гражданской коллегии Верховного Суда не знают законов своей страны? ...

¹⁷ Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая Государственной Думой в I чтении 27.04.2012) (далее — Проект № 47538-6).

¹⁸ Проект ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса РФ в части совершенствования порядка применения приобретательной давности в качестве основания

из числа условий давностного владения. Представляется, что предлагаемое исключение (в том числе и в отношении движимого имущества) может способствовать росту числа «захватов» чужого имущества и попыток приобретения права собственности заведомо недобросовестными владельцами. Хотя разработчики законопроекта о приобретательной давности (согласно пояснительной записке к нему) учли опыт развитых стран, в которых применительно к недвижимости отсутствует требование добросовестного владения (как, например, в Англии и некоторых штатах США), про движимое имущество они очевидно не подумали (при том, что завладеть им и сохранить владение против воли собственника гораздо легче, чем недвижимым). Тотальное исключение требования добросовестности владения из закона потенциально опасно, а потому требует как минимум продумывания мер, противодействующих захватам и неправомерному владению чужой собственностью.

Основываясь на ст. 242 Проекта ФЗ № 47538-6, М.А. Ерохова¹⁹ в качестве таких мер, например, предлагает или установление дифференцированных сроков приобретательной давности (15 лет для добросовестного владельца и 30 лет для недобросовестного), или введение денежной компенсации от недобросовестного приобретателя по давности в пользу прежнего собственника вещи. Представляется, что применение первой меры возможно в случае трансформации понимания добросовестности именно как неправомерного владения, поскольку в Проекте ФЗ № 47538-6 речь идет именно о выбытии вещи из владения собственника помимо его воли, т.е. объективном факте, хотя сам проект непосредственно термин «добросовестность» не упоминает. Само по себе исключение добросовестности из числа реквизитов приобретательной давности не устранит необходимости исследования судом обстоятельств приобретения владения для определения необходимого срока давностного владения²⁰. Вместе с тем, оно может способствовать

возникновения права собственности на недвижимое имущество» (далее — Проект закона о приобретательной давности). Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=90986> (дата обращения: 01.03.2021)

¹⁹ Круглый стол «Проблемные вопросы правового режима приобретательной давности». Юридический институт «М-Логос», 23.12.2020. Available at: URL: https://m-logos.ru/mlogos_publication/nauchno-prakticheskij-onlajn-kruglyj-stol-problemnye-voprosy-pravovogo-rezhima-priobretatelnoj-davnosti (дата обращения: 01.03.2021)

²⁰ Здесь стоит отметить возможность дискуссии о применении в случае исключения добросовестности из числа реквизитов приобретательной давности общих норм ГК РФ о добросовестности (п. 3, 4 ст. 1, п. 1, 5 ст. 10 ГК РФ). К.И. Скловский, например, считает, что общая презумпция добросовестности из ст. 10 ГК РФ вопреки ошибочным представлениям, высказываемым, в том числе некоторыми судами, не распространяется на специальные случаи добросовестности, предусмотренные ст. 302 и 234 ГК РФ, и не затрагивает процессуальные нормы о бремени доказывания [Скловский К.И., 2020: 58]. Представляет-

захватам чужого имущества. Поэтому более удачной мерой представляется сохранение необходимости доказывания объективной добросовестности при владении вещью в течение 5 или 15 лет в зависимости от ее отнесения к движимой или недвижимой, и устранение этого реквизита для случаев владения ею, соответственно, в течение 10 или 30 и более лет.

Вторая мера о компенсации прежнему собственнику вполне разумна, считая в себе как частный интерес, заключающийся в приобретении вещи, так и общественный (публичный) интерес, заключающийся в сокращении фактически бесхозяйного имущества, в увеличении платежей за него в бюджет, в правовой определенности в обороте в отношении прав на вещь и т.д. Она может применяться как дополнительная гарантия защиты прав собственника в ситуации непредъявления законом фактическому владельцу требования добросовестности и пересечь попытки захвата чужого имущества недобросовестными участниками оборота.

В завершение анализа путей реформирования действующей ст. 234 необходимо отметить, что предпочтительным вариантом ее совершенствования в части добросовестности владения (учитывая изменения п. 1 ст. 234, изложенного в ред. Федерального закона от 16.12.2019 № 430-ФЗ)²¹ представляется не только предъявление этого условия в зависимости от сроков давностного владения, но и дифференциация его понимания для различных случаев приобретательной давности. Многие ученые обращали внимание на несхожесть ситуаций фактического владения, в которых речь может идти о применении приобретательной давности: приобретение вещи у неуправомоченного отчуждателя, владение ею при ненадлежащем оформлении сделки (например, в отсутствие правоустанавливающих документов), без регистрации прав, сквоттинг и т.д. Вероятно, в приобретательной давности добросовестность по умолчанию должна пониматься в объективном смысле как некое непротивоправное поведение фактического владельца: например,

ся, что специальное закрепление требования добросовестности в ст. 234 ГК РФ, во-первых, обязывает суд установить соответствие владения этому критерию (в то время как согласно п. 1 Постановления Пленума ВС РФ № 25, проверка добросовестности стороны, по общему правилу, осуществляется судом по обоснованному заявлению другой стороны; сам суд признает поведение стороны недобросовестным по собственной инициативе при очевидном отклонении действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения), во-вторых, преследует цель иного распределения бремени доказывания добросовестности поведения между сторонами. Полагаем, что это бремя должно лежать на фактическом владельце, следовательно, презумпция добросовестности из ст. 10 ГК РФ применяться в этом случае не должна.

²¹ П. 1 ст. 234 теперь указывает на возможность установления иных условий приобретательной давности в этой статье. Эта возможность скорее всего связана с предусмотренным Проектом закона о приобретательной давности сокращенным сроком давности для приобретения линейных объектов.

в ситуации замещения собственника, фактически устранившегося от владения вещью, как непротивоправное (не против воли собственника) завладение или владение ею.

Вместе с тем в ситуации восполнения отсутствующего (отпавшего) основания возникновения права собственности как, например, при недействительности сделки в случае приобретения вещи у неуправомоченного отчуждателя, она должна трансформироваться в субъективную добросовестность: в незнание или предполагаемое (допустимое) незнание фактического владельца об отсутствии у него права собственности на вещь в момент получения владения ею. Таким образом, добросовестность как оценочное понятие не предполагает его единого универсального толкования применительно к различным отношениям участников оборота и случаям применения приобретательной давности. Изменение регулирования в этой части должно производиться с учетом необходимости соблюдения баланса интересов титульного собственника вещи, ее фактического владельца, общества и государства. Исходя из этого проанализируем, не ущемляют ли предлагаемые изменения права титульного собственника вещи.

4. Приобретательная давность и отказ от права собственности

Признанию назначения института приобретательной давности как способа замещения собственника, фактически устранившегося от владения вещью, для ее возвращения в оборот, на первый взгляд, препятствует понимание отказа от права собственности как совершения действий, определенно свидетельствующих об устранении собственника от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на него (ст. 236 ГК РФ). Из буквального толкования этой нормы следует, что бездействие собственника, не реализация им правомочий, составляющих содержание права собственности, не должны влечь за собой прекращения этого права. Собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ). Отсюда следует, что право собственности не безгранично. Стоит отметить, что ст. 209 говорит именно о действиях собственника, представляющих собой реализацию этого права, но ничего не говорит о возможности его бездействия и его пределах. Представляется, что оно в любом случае ограничено несением собственником бремени содержания своего имущества, установленным ст. 210. Это подтверждается, например, и позицией Пленума Верховного Суда Российской

Федерации, выраженной в п. 37 Постановления от 27.06.2017 №22, согласно которой «временное неиспользование... собственниками... помещений не является основанием для освобождения их от обязанности по внесению платы за содержание жилого помещения... платы за отопление, а также за коммунальные услуги, предоставленные на общедомовые нужды, взносов на капитальный ремонт».

Из системного толкования ст. 209 и 210 следует, что бремя содержания собственником своего имущества также определяет пределы реализации его права собственности: неисполнение этой обязанности не должно вести к нарушению прав и законных интересов других лиц. Поэтому ГК РФ в качестве одного из оснований прекращения права собственности в ст. 293 предусматривает бесхозяйственное содержание жилого помещения, включающее в себя бесхозяйственное обращение с ним, допускающее его разрушение. Во многих случаях такое поведение собственника нарушает права и охраняемые законом интересы соседей данного лица, поскольку допускает порчу коммуникаций и оборудования многоквартирного дома, несанкционированное проникновение лиц без определенного места жительства на территорию участка и дома собственника-соседа и т.д. Подобная ситуация демонстрирует, что неисполнение собственником обязанностей по содержанию имущества может привести к прекращению его права собственности на вещь²². Однако это возможно при условии предупреждения собственника о необходимости устранения нарушения (в частности, ремонта помещения) и посредством продажи помещения с публичных торгов (т.е. выявления лиц, заинтересованных в таком имуществе, и определения наиболее выгодного предложения по его приобретению)²³. Вышеизложенное позволяет прийти к выводу, что право собственности в любом случае не должно прекращаться против воли собственника, если он не устранился от владения вещью²⁴ и не сет бремя ее содержания.

²² Схожая норма предусмотрена в ст. 240 ГК РФ для движимых вещей, являющихся культурными ценностями, отнесенными в соответствии с законом к особо ценным и охраняемым государством. Если они бесхозяйственно содержатся собственником, в результате чего могут утратить свое значение, то по решению суда они могут быть изъяты путем выкупа государством или проданы с публичных торгов. Из вырученной от продажи суммы при этом удерживается стоимость восстановительных работ, необходимых для сохранения объекта.

²³ В отличие от упомянутой ситуации при давностном владении мы уже имеем лицо, заинтересованное в «бесхозяйном» имуществе и готовое его содержать. Владая вещью, оно инициирует признание права собственности судом за собой, поэтому установления особого порядка прекращения права собственности в этом случае не требуется.

²⁴ Представляется, что в качестве устранения от владения не должно рассматриваться само по себе, например, постоянное проживание собственника в другом месте или сезонное пользование им соответствующей вещью.

Вместе с тем право собственности в силу приобретательной давности может быть приобретено не только на бесхозяйное имущество, коим оно, в том числе становится в результате отказа от права собственности, но и на имущество, принадлежащее на праве собственности другому лицу²⁵. Поэтому представляется, что отказ от права собственности в соответствии со ст. 236 ГК РФ не является обязательным условием применения норм о приобретательной давности. «Наличие титульного собственника само по себе не исключает возможность приобретения права собственности другим лицом в силу приобретательной давности»²⁶. Другой вопрос, что для удовлетворения иска о признании права собственности в силу приобретательной давности суду необходимо выяснить обстоятельства возникновения фактического владения и отношение титульного собственника к своей вещи. Длительное устранение собственника от владения и пользования имуществом, от несения бремени его содержания и распоряжения им позволяют говорить о бесхозяйственном обращении с вещью и фактическом отказе от права собственности. Этот отказ не может восприниматься как отказ от права собственности из ст. 236 ГК РФ потому, что собственник не совершает активных действий, свидетельствующих о его воле прекратить свое право собственности на вещь.

Вместе с тем для приобретения права собственности в силу приобретательной давности не обязательно, чтобы собственник совершил активные действия, свидетельствующие об отказе от права собственности, и чтобы он объявил о нем. Суды считают, что достаточно того, что титульный собственник в течение длительного времени устранился от владения вещью, не проявляет к ней интереса, не исполняет обязанностей по ее содержанию, вследствие чего вещь является фактически брошенной²⁷. Таким образом, применение ст. 234 само по себе не требует проверки реализации положений ст. 236 ГК РФ. Однако выявление «фактического отказа» предполагается при установлении судом обстоятельств непротивоправного, т.е. добросовестного завладения имуществом (например, был ли ограничен собственником доступ в принадлежащее ему помещение или он не препятствовал доступу фактического владельца, вскрывались ли фактическим владельцем замки, разбивались ли окна для получения владения и т.п.) и обстоятельств владения имуществом как своим собственным (несение расходов на его содержание и т.п.). Принятие мер собственником по ограничению доступа к

²⁵ П. 16 Постановления № 10/22.

²⁶ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 22.10.2019 № 4-КГ19-55, 2-598/2018.

²⁷ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 22.10.2019 № 4-КГ19-55, 2-598/2018.

вещи, возобновление несения бремени ее содержания в период давностного владения может свидетельствовать о намерении собственника сохранить владение и стать причиной отказа в признании права собственности в силу приобретательной давности. Таким образом, предлагаемые изменения законодательного регулирования приобретательной давности в части добросовестности владения сами по себе не ущемляют права титульного собственника.

5. Понимание условия владения имуществом как своим собственным

Что касается условия владения имуществом как своим собственным, то Постановление № 10/22 толкует его как владение не по договору и считает, что ст. 234 не подлежит применению в тех случаях, когда владение имуществом осуществляется на основании договорных обязательств (аренды, хранения, безвозмездного пользования и т.п.)²⁸. Такая формулировка разъяснений на практике позволяет судам воспринимать наличие любого договора, являющегося основанием получения владения вещью, независимо от его названия, предмета и срока действия в качестве препятствия для применения ст. 234, что вряд ли оправданно. Это требование безусловно должно быть препятствием в том случае, когда предметом договора является отчуждение вещи и договор является действительным, или предмет договора предполагает возврат вещи ее собственнику при том, что срок договора или исковой давности для виндикации вещи еще не истек. В ситуации, когда предмет договора не предполагает (условия договора не предусматривают) возврата вещи²⁹, или когда возврат предполагается, но при этом истекает срок договора и/или исковой давности для виндикации вещи³⁰, ст. 234 может быть применена.

Обоснование может быть следующим: поскольку собственник изначально не определил судьбу вещи в случае окончания срока действия договора или вовремя не истребовал свою вещь обратно, постольку ее можно рассматривать как фактически брошенную им и способствовать ее возвращению в оборот посредством приобретательной давности. Верховный Суд Российской Федерации в Определении от 28.07.2015 № 41-КГ15-16 выразил

²⁸ П. 15 Постановления № 10/22.

²⁹ Это, например, возможно при ее передаче в качестве вклада в общее дело в случае заключения договора простого товарищества или при заключении непоименованного ГК РФ договора о сотрудничестве, предусматривающего передачу вещи без обязательств по ее возврату.

³⁰ Например, после расторжения договора, если он носил бессрочный характер.

позицию, что давностное владение может начаться после истечения срока владения имуществом по договору, не предполагающему перехода титула собственника, если вещь не возвращена собственнику и не истребована им, но не ранее истечения срока исковой давности по соответствующим требованиям. Такая позиция плохо согласуется с требованием добросовестности владения как субъективного незнания об отсутствии основания права собственности: заключая срочный договор, предусматривающий возврат вещи собственнику после его окончания, лицо не может не знать, что у него отсутствуют основания считать вещь поступившей в его собственность. Зато она согласуется с пониманием добросовестности как непротивоправного владения. Это еще раз подтверждает необходимость трансформации подхода к пониманию критерия добросовестности.

Стоит отметить, что критерий владения вещью как своей собственной можно понимать не только в объективном смысле, т.е. в смысле наличия/отсутствия договора как основания владения вещью. В случае восприятия назначения приобретательной давности как способа включения фактически брошенного имущества в оборот этот критерий должен восприниматься в субъективном смысле, т.е. как заботливое отношение фактического владельца к вещи, несение им бремени ее содержания, извлечение ее полезных свойств и т.д. Таким образом, владение вещью как своей собственной, будучи условием приобретательной давности, также предполагает изменение подхода к своему пониманию, как и добросовестность владения.

Следует отметить, что возможность и необходимость изменения подходов к условиям приобретательной давности подтверждается и позицией Конституционного Суда Российской Федерации, выраженной в Постановлении от 26.11.2020 № 48-П (далее — Постановление № 48-П), которое заслуживает отдельного анализа не только в части аргументов Суда, подкрепляющих некоторые выводы автора, но и как предпосылка возможного пересмотра судебных постановлений по делу В.В. Волкова и аналогичным ему делам.

6. Конституционность условий приобретательной давности

Предметом проверки Конституционного Суда стала конституционность п. 1 ст. 234 в той мере, в какой на его основании разрешается вопрос о добросовестности владения лицом земельным участком как об условии приобретения права собственности на него по давности владения. Владение при этом было передано лицу по сделке, направленной на отчуждение недвижимого имущества, но не повлекшей соответствующих правовых последствий.

По мнению заявителя жалобы гражданина В.В. Волкова, п. 1 ст. 234 не соответствует Конституции Российской Федерации, поскольку препятствует признанию права собственности в силу приобретательной давности за лицом, которому прежний правообладатель передал имущество по договору без нарушения прав и законных интересов других лиц. Он также считает недопустимым формальный подход судов к определению добросовестности давностного владельца при неопределенности данного критерия в законе.

Поскольку правовые позиции Конституционного Суда формируются без установления и исследования фактических обстоятельств дела, постольку названный Суд не рассматривал некоторые вопросы, которые обычно исследуются судами при разрешении таких дел. В частности, вопросы действительности сделки по отчуждению объекта недвижимого имущества; природы вещного права на земельный участок у его продавца; иные необходимые для приобретательной давности условия владения спорным имуществом; обстоятельства, имеющие значение для возникновения права собственности, права пользования земельным участком собственником находящейся на ней недвижимости.

Фактические обстоятельства дела заключались в том, что гражданин В.В. Волков с 1997 года являлся членом гаражного кооператива и владел земельным участком и расположенным на нем гаражным боксом на основании заключенного с гражданином П. договора купли-продажи, совершение которого подтверждалось распиской в получении денежных средств. При этом данный земельный участок принадлежал П. на праве пожизненного наследуемого владения и находился в Краснознаменске Московской области, являющемся административным центром закрытого административно-территориального образования.

Суды, рассмотревшие его дело, посчитали, что гражданин Волков не мог не знать об отсутствии у него оснований возникновения права собственности на спорный земельный участок, в связи с чем его нельзя признать добросовестным владельцем по смыслу разъяснений, содержащихся в п. 15 Постановления Пленумов № 10/22. Также, поскольку истец вступил во владение имуществом по сделке (по договору купли-продажи), постольку такое владение независимо от его продолжительности по смыслу ст. 234 не может привести к приобретению права собственности по давности владения.

Конституционный Суд Российской Федерации обратил внимание на следующие аспекты.

Во-первых, он как и Верховный Суд, признал назначением института приобретательной давности, т.е. его конституционно значимой целью, возвращение имущества в оборот, включая его надлежащее содержание, безопасное состояние, уплату налогов и т.п. Конституционный Суд Российской

Федерации подчеркнул, что понимание добросовестности давностного владельца как восприятия им себя в качестве ее собственника в момент получения владения вещью вступает в противоречие с целями, заложенными в ст. 234. Тем самым данный Суд обратил внимание на необходимость учета назначения, целей института приобретательной давности при предъявлении законодателем условий, которым обязательно должно соответствовать давностное владение, что поддерживает и автор настоящей статьи.

Во-вторых, Конституционный Суд, подтвердив возможность использования законодателем в нормах права оценочных понятий, пояснил, что уяснение их содержания может происходить как из конкретного нормативного положения, так и из системы взаимосвязанных положений, в том числе с помощью даваемых судами разъяснений. Тем самым данный Суд подчеркнул важность установления смысла оценочных понятий, в том числе с помощью разъяснений судов. Это подкрепляет позицию автора о необходимости, как минимум, корректировки разъяснений, содержащихся в Постановлении № 10/22 для обеспечения правовой определенности в отношении понимания условий приобретательной давности.

В-третьих, основываясь на предыдущем постулате, Конституционный Суд Российской Федерации проанализировал как должно пониматься требование добросовестности в рамках института приобретательной давности. При этом Суд сопоставил назначение институтов виндикации и приобретательной давности, поскольку в первом также используется понятие добросовестности, которое, в отличие от используемого в институте приобретательной давности, имеет свою законодательную дефиницию. По мнению Конституционного Суда, поскольку институт приобретательной давности в отличие от института виндикации направлен на защиту не только частных правовых, но и публично-правовых интересов (достижение правовой определенности, возвращение имущества в гражданский оборот, реализация фискальных целей), а добросовестность является лишь одним из условий приобретательной давности, постольку определение добросовестности в данных правовых институтах должно предполагаться различным.

При этом конституционные судьи обратили внимание на сложность добросовестности как оценочного понятия, допускающего различные проявления применительно к различным категориям дел. Они подчеркнули, что при установлении добросовестности судам требуется изучать фактические обстоятельства каждого дела и это, в свою очередь, требует дифференцированного подхода при определении критериев добросовестности. Таким образом, позиция автора относительно возможности и необходимости дифференциации понимания добросовестности как условия приобретательной давности и ее восприятия как объективной непротивоправности завладения

вещью, его получения внешне правомерными действиями согласуется с позицией Конституционного Суда Российской Федерации.

В то же время Конституционный Суд подчеркнул, что для приобретательной давности правообразующее значение имеет, прежде всего, не такое отдельное событие, состоявшееся однажды, как завладение вещью, а добросовестное длительное открытое владение, когда владелец вещи ведет себя как ее собственник, при отсутствии возражений со стороны других лиц. Таким образом, данный Суд не свел действие критерия добросовестности только к моменту получения владения. За этим выводом кроется весьма важная мысль: если добросовестность в момент получения владения понимается как непротивоправность завладения вещью, то в течение срока приобретательной давности добросовестность должна пониматься как отсутствие противоправного удержания владения. Это особенно важно в контексте необходимости гарантировать права титульного собственника вещи при отсутствии необходимости его отказа от права собственности на вещь для применения норм о приобретательной давности. Таким образом, препятствование давностным владельцем при условии знания титульного собственника вещи его попытке вернуть владение ею, вновь приступить к ее использованию и содержанию свидетельствует об отсутствии добросовестности владения как необходимого условия приобретательной давности.

При рассмотрении критерия добросовестности Конституционный Суд Российской Федерации также обратил внимание, что п. 18 Постановления № 10/22, посвященный разъяснению предыдущей редакции п. 4 ст. 234, свидетельствует, что субъективное понимание добросовестности из п. 15 Постановления № 10/22 не препятствовало при определенных обстоятельствах приобретению по давности владения имущества и тем лицом, которое могло знать об отсутствии у него оснований приобретения права собственности по сделке. Это было так в случае приобретения заданного имущества с увеличением срока приобретательной давности на срок исковой давности, поскольку согласно п. 18 Постановления № 10/22 добросовестность как условие давностного владения в этом случае не требовалась. Ныне действующая редакция п. 4 ст. 234 теперь не предусматривает такого исключения. Поэтому критерий добросовестности определенно требует своего уяснения. При этом предпочтительной представляется дифференциация его понимания применительно к различным ситуациям приобретения вещи во владение не на уровне разъяснений Высшего суда, а на уровне закона.

В-четвертых, Конституционный Суд оценил, нарушает ли возможность признания за частным лицом права собственности на земельный участок публичного собственника в силу приобретательной давности права последнего. Суд обратил внимание, что в деле Волкова право собственности муни-

ципального образования на земельный участок зарегистрировано не было, образование уклонилось от участия в рассмотрении дела, требований о признании права собственности не заявило, т.е. данный Суд пришел к выводу, что публичное образование в действительности не имеет интереса в этом объекте недвижимости. «С учетом передачи земельного участка на праве пожизненного наследуемого владения гражданину П. фактическое владение земельным участком гражданином Волковым не может рассматриваться как нарушающее права муниципального образования», — констатировал Суд. Таким образом Конституционный Суд Российской Федерации подтвердил необходимость установления отношения титульного собственника к своей вещи и притязаниям фактического владельца на нее в рамках оценивания наличия требуемых условий приобретательной давности. Ранее автор уже обращала внимание на значение такой оценки, на невозможность и ненужность ее квалификации в качестве отказа от права собственности, предусмотренного ст. 236 ГК РФ.

В-пятых, Конституционный Суд Российской Федерации оценил доводы заявителя и уделил внимание критерию владения имуществом как своим собственным. Конституционный Суд не поддержал точку зрения заявителя, что п. 15 Постановления № 10/22 позволяет судам произвольно квалифицировать владение имуществом не как своим собственным и в тех случаях, когда заключается договор купли-продажи вещи. Суд обратил внимание, что в Постановлении № 10/22 указаны только те договоры, в которых контрагент собственника получает имущество во временное владение, т.е. из природы которых следует, что получатель имущества не имеет намерения владеть им как своим. Таким образом он признает власть другого лица — собственника — над вещью, а владение осуществляется им не вместо собственника, не отказавшегося от своего права на вещь и не утратившего к ней интерес, а наряду с ним. Критерий владения «как своим», по мнению суда, отсутствует лишь в тех случаях, когда этим лицом осуществляется в соответствии с договором временное производное владение. Таким образом Конституционный Суд (как и автор) обратил внимание на необходимость учета природы договора при установлении условия владения вещью как своей собственной. Само дело В.В. Волкова подтверждает довод автора о восприятии судами исходя из п. 15 Постановления № 10/22 любого договора как препятствия для применения норм о приобретательной давности.

В конце концов Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что совершение сделки, в которой выражена воля правообладателя земельного участка на его отчуждение и которая была предпосылкой для возникновения владения (при условии, что в течение владения собственник земельного участка не проявлял намерения осуществлять власть над

ним) само по себе не может быть основанием для признания давностного владения недобросовестным и препятствием для приобретения права собственности на вещь (земельный участок) в силу приобретательной давности. Таким образом, если имущество получено от собственника хотя бы и при ненадлежащем оформлении сделки, но по его воле, то препятствий для его приобретения по ст. 234 при условии длительного открытого владения нет.

Выраженный Конституционным Судом Российской Федерации подход в целом заслуживает одобрения³¹, вместе с тем, вынесение судами решений по таким делам требует учета всех фактических обстоятельств, которые, на наш взгляд, могут воспрепятствовать удовлетворению требований аналогичных требованиям Волкова, даже несмотря на правовую позицию Конституционного Суда.

Во-первых, в рамках рассмотрения таких дел обязательному установлению должно подлежать наличие заключенного и действительного договора купли-продажи. При наличии таковой нормы о приобретательной давности не могут быть применены. В деле Волкова несоблюдение формы договора купли-продажи недвижимости согласно ст. 550 ГК РФ влечет его недействительность и свидетельствует об отсутствии правового основания возникновения права собственности. В то же время заключение договора, подтвержденное распиской в получении денег, свидетельствует о воле собственника на отчуждение имущества и правомерности получения владения вещью (гаражом), что важно в контексте установления объективной добросовестности давностного владельца. Поскольку в силу недействительности договора право собственности на гараж у гражданина Волкова не возникло, а вещь поступила в его владение по воле собственника, и последний не пытался вернуть его себе (что свидетельствует о добросовестности владения не только на момент получения вещи, но и в течение всего срока владения ею), постольку в отношении гаража имеются все основания для применения норм о приобретательной давности.

Во-вторых, отдельному анализу должна подлежать как таковая возможность приобретения земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, в частную собственность по давности владения. Следует отметить, что, исходя из действующего законодательства, большинство судов и представителей доктрины считают такое приобретение невозможным. Суды с учетом разъяснений, содержащихся в п. 16 По-

³¹ Возможность квалификации давностного владельца как добросовестного и признания права собственности на вещь в силу приобретательной давности в случае несоблюдения требуемой формы сделки сама по себе не будет побуждать участников оборота отказываться от ее надлежащего оформления с учетом перспективы ожидания истечения сроков приобретательной давности, обращения в суд и доказывания всех требуемых условий давностного владения.

становления № 10/22, считают, что такие земельные участки приобретаются в собственность в порядке, установленном земельным законодательством. Последним в перечне оснований, по которым гражданин вправе приобрести земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности, такое основание, как приобретательная давность, не предусмотрено. Таким образом, по мнению судов в силу приобретательной давности в собственность могут приобретаться лишь земельные участки, находящиеся в частной собственности.

При этом если факт принадлежности участка частному лицу не подтвержден, то такой участок в силу прямого указания нормы п. 2 ст. 214 ГК РФ (которую часто трактуют как презумпцию государственной собственности на землю)³² и п. 1 ст. 16 Земельного Кодекса Российской Федерации³³ (содержащего аналогичные положения) является государственной (муниципальной) собственностью. Конституционный Суд в Постановлении № 48-П вскользь затронул этот вопрос, указав, что сама по себе презумпция государственной собственности на землю (п. 2 ст. 214 ГК РФ) не может опровергать добросовестности давностного владельца, поскольку ограничение для приобретения земельных участков, находящихся в государственной (муниципальной) собственности, по давности владения ставит частных лиц в заведомо невыгодное положение по отношению к публично-правовым образованиям. Это нарушает принцип равенства субъектов гражданского права (п. 1 ст. 2 и п. 4 ст. 212 ГК РФ) и вступает в противоречие с некоторыми статьями Конституции Российской Федерации (ч. 2 ст. 8 и ч. 1 ст. 19)³⁴.

Можно предположить, что в этой части позиция конституционных судей предвосхищает возможное в скором времени изменение действующего законодательства в части распространения приобретательной давности на зе-

³² Это позиция разделяется не всеми учеными, см., напр.: [Иванов А.А., 2016: 35–41].

³³ Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (далее — ЗК РФ).

³⁴ Стоит заметить, что в Определении от 11.02.2021 № 186-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Афанасьева Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав абзацем первым пункта 1 статьи 234 Гражданского кодекса Российской Федерации» Конституционный Суд РФ занял более привычную позицию, согласно которой «в условиях действующей презумпции государственной собственности на землю и наличия на территории РФ значительного количества нераспределенной земли сама по себе несформированность земельного участка и отсутствие государственной регистрации права собственности публичного образования на него не означает, что соответствующее публичное образование фактически отказалось от своего права собственности или проявляет безразличие к правовой судьбе этого земельного участка. Суд счел, что с учетом положений п. 2 ст. 214 ГК РФ, п. 1 ст. 16 ЗК РФ и ст. 7.1 КоАП РФ занятие без каких-либо правовых оснований несформированного земельного участка, заведомо для владельца относящегося к публичной собственности, не может расцениваться как не противоправное, совершенное внешне правомерными действиями, т.е. добросовестное и соответствующее требованиям абз. 1 п. 1 ст. 234 ГК РФ.

мельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности³⁵. Согласно Проекту закона о приобретательной давности, ст. 234 должна быть дополнена п. 5, в котором будет говориться об установлении земельным законодательством особенностей приобретения прав на государственные (муниципальные) земельные участки в силу приобретательной давности. Появление данного пункта связано с планируемым внесением изменений в ЗК РФ и Федерального закона от 24.07.2007 № 221-ФЗ «О кадастровой деятельности»³⁶, допускающими применение приобретательной давности в качестве основания для возникновения права собственности на земельные участки³⁷. Из Проекта закона о внесении изменений в ЗК РФ и ФЗ «О кадастровой деятельности» следует, что ЗК РФ будет дополнен специальной ст. 25.1, в которой кроме констатации возможности применения приобретательной давности и возникновения прав на основании судебного решения будут указаны обстоятельства, исключающие такую возможность (в том числе отнесение земельного участка к изъятым, либо ограниченным в обороте).

Именно такой случай имел место в деле В.В. Волкова, поскольку земельный участок под гаражом относился к территории ЗАТО, и в силу этого — к земельным участкам, ограниченным в обороте. Полагаем, что в таких случаях приоритета заслуживают общественные (публичные) интересы, служащие причиной ограничения оборотоспособности земельного участка, а не интересы частного лица по его приобретению в собственность. При таких фактических обстоятельствах, на наш взгляд, при толковании и применении гражданского и земельного законодательства нет оснований для учета упомянутого Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении № 48-П принципа единства судьбы прав на земельный участок и находящиеся на нем объекты недвижимости. Здесь также нет оснований для учета выраженного законодателем намерения преобразования существующих субъективных прав пожизненного наследуемого владения в право собственности.

³⁵ В Постановлении № 48-П Конституционный Суд сам обратил внимание на необходимость совершенствования отечественного земельного законодательства и гармонизации публично-правовых норм с нормами частного права.

³⁶ Далее — ФЗ «О кадастровой деятельности».

³⁷ Проект ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О кадастровой деятельности» в части совершенствования порядка применения приобретательной давности в качестве основания для возникновения права собственности на недвижимое имущество» (далее — Проект закона о внесении изменений в ЗК РФ и ФЗ «О кадастровой деятельности»). Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#search=%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BE%D0%B1%D1%80%D0%B5%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B0%D1%8F&npr=90989> (дата обращения: 01.03.2021)

В-третьих, при вынесении судами решений по таким делам учета безусловно заслуживает и сама природа права пожизненного наследуемого владения земельным участком. То, что Конституционный Суд Российской Федерации назвал его функциональным аналогом отсутствующего в советский период права частной собственности на землю, предусмотренная законом возможность его переоформления на право собственности и недопустимость ограничения права пользования земельным участком в связи с непереоформлением имеющегося титула сами по себе не означают, что любой земельный участок, изначально предоставленный на праве пожизненного наследуемого владения, может быть приобретен фактическим владельцем в собственность в силу приобретательной давности. Пункт 9.1 ст. 3 Федерального закона от 25.10.2001 № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» устанавливает, что право собственности на такой земельный участок может быть приобретено за исключением случаев, если в соответствии с федеральным законом такой земельный участок не может предоставляться в частную собственность, например, ввиду его ограниченной оборотоспособности.

Попытка приобретения права собственности на такой земельный участок в силу норм о приобретательной давности, по сути, представляет собой действие в обход закона с противоправной целью. Само по себе право пожизненного наследуемого владения не допускает отчуждения земельного участка, предоставленного на данном титуле, иначе, чем путем передачи его по наследству. Поэтому продажа такого участка изначально противоречит закону в силу императивности соответствующих норм ГК РФ и ЗК РФ. Интересы приобретателя недвижимости, расположенной на таком земельном участке, на наш взгляд, обеспечиваются возможностью его приобретения в аренду или предусмотренной законом возможностью пользования земельным участком на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний собственник недвижимости (ст. 271 ГК РФ).

Таким образом, несмотря на необходимость учета судами вышеобозначенных фактических обстоятельств, которые могут воспрепятствовать признанию права собственности на недвижимое имущество в силу приобретательной давности, позиция, сформулированная Конституционным Судом в Постановлении № 48-П с учетом ее общеобязательного характера имеет огромное значение: она подтверждает необходимость изменения подходов судов к назначению института приобретательной давности и толкованию критериев добросовестности и владения вещью как своей собственной. Вместе с тем ее появление, на наш взгляд, не исключает необходимости установления законодательной дифференциации условий приобретательной давности для различных случаев ее применения.

Заключение

Институт приобретательной давности в качестве основания приобретения права собственности может преследовать различные цели; именно они — назначение этого института — предопределяют те условия приобретательной давности, которые должны быть в совокупности соблюдены фактическим владельцем для возникновения права собственности на вещь в результате давностного владения.

Критерий добросовестности в приобретательной давности предполагает его различное толкование в зависимости от целей, преследуемых этим институтом: в ситуации замещения собственника, фактически устранившегося от владения вещью, он должен трактоваться как объективная непротивоправность завладения вещью, в ситуации восполнения отсутствующего (отпавшего) основания возникновения права собственности, например, при приобретении вещи у неуправомоченного отчуждателя, — как субъективное незнание или предполагаемое (допустимое) незнание фактическим владельцем об отсутствии у него этого права на момент получения владения вещью.

Предпочтительным вариантом совершенствования действующего законодательства с учетом последних изменений п. 1 ст. 234 является не исключение критерия добросовестности из числа условий приобретательной давности, а привязка необходимости его соблюдения к сроку фактического владения вещью. Например, в случае истечения с момента приобретения владения вещью двойного срока приобретательной давности (соответственно, 10 и более лет для движимых и 30 и более лет для недвижимых вещей) изучение обстоятельств получения владения и установление наличия добросовестности не должно требоваться. В случае подачи иска о признании права собственности до истечения этих сроков добросовестность владения должна быть доказана давностным владельцем. В качестве дополнительной меры противодействия получению права собственности в результате неправомерного захвата вещи при неприменении критерия добросовестности может использоваться компенсация, которая будет выплачиваться по решению суда фактическим владельцем прежнему собственнику вещи.

Применение норм о приобретательной давности не требует обязательного наличия отказа собственника от его права собственности на вещь в порядке, предусмотренном ст. 236 ГК РФ; выявление судами «фактического отказа» собственника от права собственности является элементом установления условий добросовестного (непротивоправного) владения и владения имуществом как своим собственным (в том числе заботливого отношения фактического владельца к вещи); изменение подходов к пониманию условий

приобретательной давности само по себе не ущемляет интересов титульных собственников.

Критерий владения имуществом как своим собственным при его толковании как владения не по договору обнаруживает взаимосвязь с критерием добросовестности: передача вещи во временное владение и пользование по договору свидетельствует об отсутствии добросовестности, поскольку, приобретая владение, лицо знает, что не является собственником вещи, что, в свою очередь, препятствует приобретению собственности в силу приобретательной давности. Это свидетельствует об обоснованности объективного понимания добросовестности в таких случаях. Критерий владения имуществом как своим собственным в ситуации замещения собственника, фактически устранившегося от владения вещью, должен пониматься в субъективном смысле: как заботливое отношение давностного владельца к вещи, характерное для ее собственника, обеспечивающего ее сохранность и несущего бремя ее содержания, сопряженное с владением и использованием данной вещи.

Подтверждение Конституционным Судом при проверке конституционности п. 1 ст. 234 ГК РФ возможности дифференцированного понимания оценочных критериев добросовестности и владения имуществом как своим собственным подкрепляет необходимость изменения подходов законодателя и судов к пониманию назначения института приобретательной давности и условий его применения.



Библиография

Багаев В.А. Значение добросовестности владения для приобретательной давности // Закон. 2013. N 12. С. 163–174.

Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. N 11. С. 127–169; N 12. С. 68–115.

Гаджиев Г.А. Четыре точки зрения на добросовестное владение // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 10. С. 89–109.

Ерохова М.А. О реформе Гражданского кодекса: приобретательная давность и защита вещных прав // Журнал РШЧП. 2020. N 4. Available at: URL: <https://privlaw-journal.com/o-reforme-grazhdanskogo-kodeksa-priobretatel'naya-davnost-i-zashhita-veshnykh-prav/> (дата обращения 01.03.2021)

Зарубин А.В. Приобретение доли в праве общей собственности в силу приобретательной давности // Российский судья. 2016. N 1. С. 9–14.

Иванов А.А. О презумпции права государственной собственности на землю в России // Закон. 2016. N 6. С. 35–41.

Коновалов А.В. К вопросу о добросовестности давностного владения // Вестник гражданского права. 2016. N 6. С. 9–31.

Лоренц Д.В. Добросовестность давностного владельца в Модельных правилах европейского частного права // Международное публичное и частное право. 2018. N 2. С. 22–25.

Лоренц Д.В. Владение имуществом «как своим собственным» // Гражданское право. 2009. N 2. С. 29–30.

Мисник Н.Н. О владении имуществом как собственным и добросовестном владении в приобретательной давности // Вестник гражданского права. 2007. N 2. С. 37–74.

Никитин А.В. О возможности дифференциации сроков приобретательной давности // Юрист. 2017. N 9. С. 9–14.

Рассказова Н., Иванов А. и др. Виндикация у добросовестного приобретателя: еще одно исключение? // Закон. 2017. N 7. С. 20–26.

Рудов М.В. Теоретические и практические проблемы рассмотрения споров о приобретении доли в праве общей долевой собственности по давности владения // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. N 10. С. 88–95.

Рудоквас А.Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. М.: ЗАКОН, 2011. 304 с.

Скловский К.И. О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике / Модернизация гражданского законодательства: материалы к XV Ежегодным чтениям памяти проф. С.Н. Братуся / ред. кол.: В.М. Жуйков и др. М.: Статут, 2020. С. 49–74.

Скловский К.И. О реформе приобретательной давности. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2021. N 2. С.34–37.

Суханов Е.А. Вещное право. М.: Статут, 2017. 560 с.

Черепяхин Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения // Советское государство и право. 1940. N 4. С. 51–61.

Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву. М.: Статут, 2003. 511 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Acquisitive Prescription Requisites and the Need of their Reform



Anna Podmarkova

Senior Lecturer, Department of legal regulation of business, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: apodmarkova@hse.ru



Abstract

The article considered such requisites of acquisitive prescription as bona fide possession and possession of a thing as one's own. The author reveals problems of their application existing in practice; analyzes the ways of possible changing article 234 of the Civil Code of the Russian Federation, including a proposal to remove bona fide possession from necessary requisites of acquisitive prescription. The author comes to the conclusion

that requisites of acquisitive prescription depend on its goals as a basis for acquisition of property rights: as a mode to fill in the missing basis for the acquisition of this right, or as a mode to replace the owner who has actually removed himself from the possession of the thing. In some cases, the law enforcement practice demonstrates the need for a broader understanding and application of the acquisitive prescription as the basis for the acquisition of property rights. This justifies the possibility of a differentiated approach to the presentation and interpretation of the requisites of the acquisitive prescription, but not their exception from the norms of the Civil Code of the Russian Federation.



Keywords

acquisitive prescription; bona fide possession; possession of a thing as one's own. renunciation of ownership,, constitutionality of the terms of the acquisition statute of limitations

Acknowledgments: the work is fulfilled with support of SPS Consultant Plus.

For citation: Podmarkova A.S. (2021) *Acquisitive Prescription Requisites and the Need of their Reform*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 109–138 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.109.138

References

- Bagaev V.A. (2013) Bona fide ownership for acquisitive prescription. *Zakon*, no 12, pp. 163–174 (in Russian)
- Bevzenko R.S. (2019) Commentary to article 8.1 of RF Civil Code. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 11, pp. 127–169, no 12, pp. 68–115.
- Cherepakhin B.B. (1940) Right of ownership by prescriptive acquisition. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 4, pp. 51–61 (in Russian)
- Engelman I.E. (2003) *On prescription under Russian civil law*. Moscow, Statut, 511 p. (in Russian)
- Gadjiev G.A. (2018) Four views of bona fide possession. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 10, pp. 89–109 (in Russian)
- Erokhova M.A. (2020) On the reform of the Civil code: acquisitive prescription and the protection of property rights. *Zhurnal RSHChP*, no 4. Available at: URL: <https://privlaw-journal.com/o-reforme-grazhdanskogo-kodeksa-priobretatel'naya-davnost-i-zashhita-veshnyx-prav/> (accessed: 01.03.2021)
- Ivanov A.A. (2016) On the presumption of right in state title to land in Russia, *Zakon*, no 6, pp. 35–41 (in Russian)
- Konovalov A.V. (2016) On the issue of good faith in prescriptive possession. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 6, pp. 9–31 (in Russian)
- Lorents D.V. (2018) Good faith of prescriptive owner in Model rules of European private law. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo*, no 2, pp. 29–30 (in Russian)
- Misnik N.N. (2007) On the possession of property in acquisitive prescription. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 2, pp. 37–74 (in Russian)
- Nikitin A.V. (2017) On the possible differentiation of the terms of prescriptive possession. *Yurist*, no 9, pp. 9–14 (in Russian)
- Rasskazova N., Ivanov A., Sklovskiy K., Latyev A., Bevzenko P., Petrov E. (2017) Vindication from a bona fide purchaser. *Zakon*, pp. 20–26 (in Russian)

- Rudokvas A.D. (2011) The controversial issues of the theory on prescriptive possession. Moscow, *Zakon*, 304 p. (in Russian)
- Rudov M.V. (2014) Theoretical and practical issues of the disputes on acquiring a share in common property with prescriptive possession. *Imuschestvennie otnosheniya v Rossiyskoy Federatsii*, no 10 , pp. 88–95 (in Russian)
- Sklovskiy K.I. (2020) Good faith as a requisite of prescriptive possession. *Modernizatsiya grazhdanskogo zakonodatelstva: Sbornyk materialov*, eds. Zhuykov V.M., Gutnikov O.V., Sinitsyn S.A., Shelyutto M.L. Moscow: Statut, pp. 49–74 (in Russian)
- Sklovskiy K.I. (2021) On the reform of prescriptive acquisition. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 2, pp. 34–37 (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2017) Property law. Moscow: Statut, 560 p. (in Russian)
- Zarubin A.V. (2016) A share in the right in common property. *Rossiyskiy Sudya*, no 1, pp. 9–14 (in Russian)

Ответственность за неподачу заявления о банкротстве (новеллы законодательства о банкротстве и актуальные нормы корпоративного права)



Е.С. Пирогова

Доцент, кафедра гражданского и предпринимательского права департамента дисциплин частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: Pirogova-el@yandex.ru



Ю.Д. Жукова

Доцент, департамент правового регулирования бизнеса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: Julia-jukova@yandex.ru



Аннотация

В статье исследуются проблемы определения оснований привлечения к ответственности лиц, имеющих возможность инициировать возбуждение дела о банкротстве на основании заявления должника. Внимание сосредоточено на итогах реформы законодательства о банкротстве 2017 года: анализируются судебная практика, пробелы и противоречия, образовавшиеся в результате принятия новых правил, поднимаются актуальные вопросы соотношения нововведений законодательства о банкротстве с действующими нормами, регулирующими корпоративные отношения. Изучается роль руководителя корпорации в соотношении с иными органами, решения которых имеют непосредственное значение для выбора в пользу совершения активных действий по обращению в суд с заявлением или отказа от таких действий. Подчеркивается неоднозначность ситуации, в которой фигурирует несколько лиц на должности единоличного исполнительного органа, возможно, отстаивающие противоположные позиции участников корпорации. Авторы поднимают вопрос о неправильной расстановке акцентов в действующем Законе о банкротстве по поводу соотношения компетенции единоличного исполнительного органа и коллегиального органа, уполномоченного на принятие решения о ликвидации. Указывается нелогичность формального отсутствия оснований субсидиарной ответственности членов коллегиальных органов управления и контролирующих лиц на стадии возникновения основания для обращения в суд. Предлагается распространить ответственность на членов совета директоров и контролирующих лиц, противостоящих обращению в суд или бездействующих в условиях информированности. Анализируются препятствия на пути внедрения обязанности коллегиального органа принять своевременное решение об обращении в суд: неопределенность состава лиц, ответственных за неиспользование права требования созыва

внеочередного общего собрания; фактически полное игнорирование роли и полномочий директорского совета корпорации; невнимание к различному объему возможностей единоличного исполнительного органа в разных видах хозяйственных обществ; проблема теоретического обоснования возложения на коллегиальный орган обязанности по принятию положительного решения; неоправданно короткие сроки созыва общего собрания. Обосновывается необходимость постановки круга ответственных по данному основанию лиц в зависимости от организационно-правовой формы должника. Предложены выводы относительно пределов ответственности участников корпорации.

Ключевые слова

банкротство корпорации, субсидиарная ответственность, соотношение компетенции органов корпорации, контролирующее лицо, внеочередное общее собрание, предвидение банкротства.

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

Для цитирования: Пирогова Е. С., Жукова Ю. Д. Ответственность за неподачу заявления о банкротстве (новеллы законодательства о банкротстве и актуальные нормы корпоративного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 139–160.

УДК: 346

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.139.160

Введение

Итоги реформы законодательства о банкротстве 2017 года¹ затронули ряд принципиальных вопросов, касающихся субсидиарной ответственности лиц, на том или ином этапе отвечающих за принятие решений и способных негативно повлиять на объем неисполненных обязательств должника. Эти итоги стали предметом активных научных дискуссий, выявивших неоднозначность некоторых нововведений с точки зрения их соотношения с действующими нормами корпоративного права (в первую очередь, речь идет о нормах Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее — ГК РФ), федеральных законов «Об акционерных обществах³» (далее — Закон об акци-

¹ Федеральный закон от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4815.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

онерных обществах) и «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁴ (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью). В частности, одним из наиболее сложных и противоречивых инструментов воздействия на лиц, осуществляющих управление должником в преддверии банкротства, является субсидиарная ответственность перед кредиторами за неподачу или несвоевременную подачу заявления должника о собственном банкротстве. Отныне нормы, регулирующие данный вид субсидиарной ответственности, сосредоточены в ст. 61.12 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)⁵» (далее — Закон о банкротстве). Данные нормы являются предметом нашего детального анализа наряду с положениями принятого вскоре после появления в Законе главы III. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2017 №53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве⁶» (далее — Постановление № 53).

Ученые неоднократно говорили об отсутствии научных критериев применения такого инструмента, как субсидиарная ответственность, в рамках института банкротства. В доктрине приводятся небезосновательные рассуждения, что субсидиарная ответственность в рамках современного законодательства о банкротстве (например, главы 3.2 Закона о банкротстве) утрачивает изначальные признаки субсидиарности, заложенные в нормах ГК РФ [Долинская В.В., 2018: 6–7]. Также неоднократно указывалось на смешение различных видов гражданско-правовой ответственности, стоящих за термином «субсидиарная ответственность» при банкротстве [Цепов Г.В., 2016: 13], и ввиду этого — на риск ее применения во всех случаях неудачного ведения бизнеса юридическим лицом, что создает угрозу стабильности оборота [Егоров А.В., Усачева К.А., 2013: 45–47]. По мнению О.В. Гутникова, ответственность, именуемая в ст. 61.12 субсидиарной, в действительности является разновидностью прямой ответственности руководителя и иных лиц перед кредиторами [Гутников О.В., 2018: 8, 10] и носит деликтный характер. Следует согласиться с утверждением автора о том, что «некорректное определение природы рассматриваемого вида ответственности во многом обусловлено нерешенностью в законодательстве многих вопросов, касающихся субсидиарной ответственности как таковой» [Гутников О.В., 2019: 329].

⁴ Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ.1998. № 7. Ст. 78.

⁵ Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС КонсультантПлюс.

Итак, по ст. 61.12 Закона о банкротстве неисполнение обязанности по подаче заявления должника в арбитражный суд (созыву заседания для принятия решения об обращении в арбитражный суд с заявлением должника или принятию такого решения) в случаях и в срок, которые установлены в ст. 9 Закона, влечет субсидиарную ответственность лиц, на которых возложена обязанность по созыву заседания для принятия решения о подаче заявления должника в арбитражный суд, и (или) принятию такого решения, и (или) подаче данного заявления в арбитражный суд. Если обязанность нарушена несколькими лицами, то они отвечают солидарно. При этом размер ответственности равен размеру обязательств должника, возникших после истечения сроков возникновения соответствующей обязанности, и до возбуждения дела о банкротстве (либо возврата заявления уполномоченного органа о признании должника банкротом).

Чтобы оценить указанные основания субсидиарной ответственности на предмет эффективности применения и справедливости (что в совокупности характеризует ценность рассматриваемого инструмента для достижения полноценного баланса интересов кредиторов и потенциально ответственных лиц), необходимо углубленно изучить обязанности соответствующих лиц, устанавливаемые законодательством о банкротстве, нарушение которых и образует компонент противоправности в составе данных оснований. Прежде всего, следует досконально разобраться с субъектным составом и сроками возникновения обязанностей по инициированию процесса банкротства должником, а также непосредственно с их содержанием.

1. Роль руководителя организации в инициировании процесса банкротства: границы возможного и должного

В соответствии с п. 2 ст. 9 Закона о банкротстве, руководитель обязан обратиться в суд с заявлением о банкротстве «в кратчайший срок, но не позднее чем через месяц с даты возникновения соответствующих обстоятельств». При этом, согласно абз. 2 п. 8 Постановления Верховного Суда № 53, «если учредительным документом должника предусмотрено, что полномочия выступать от имени юридического лица предоставлены нескольким лицам (директорам), действующим совместно или независимо друг от друга (абз. 3 п. 1 ст. 53 ГК РФ), по общему правилу, указанные лица несут субсидиарную ответственность, предусмотренную ст. 61.12 Закона о банкротстве, солидарно». Уточняется также, что учредительным документом полномочия по обращению в суд с заявлением должника о собственном банкротстве не могут быть предоставлены только одному из его директоров. В доктрине отмечает-

ся, что дальнейшей практике необходимо определиться, какие иные вопросы также остаются всегда в общей компетенции директоров и не подлежат распределению между ними [Кольздорф М.А., Шмагин А.А., 2018: 220]. Полагаем, что данный вопрос должен быть решен фундаментально на уровне ГК РФ; императивные правила, касающиеся распределения компетенции между органами управления юридического лица не могут устанавливаться на уровне судебных актов.

Следует вместе с тем понимать, что в случае закрепления в уставе общества совместных полномочий директоров, неподписанное одним из них заявление формально будет являться недействительным. Оговорок на этот счет действующее законодательство не содержит. Этот вопрос весьма актуален, учитывая выдвигаемые в исследованиях прогнозы о потенциальной востребованности данной модели (так называемого «коллегиального единоначалия» или механизма «двух ключей»), когда равные с точки зрения объема корпоративного контроля участники реализуют стремления выдвигать «своего» кандидата на пост единоличного исполнительного органа [Осипенко О.В., 2018: 104]. Вполне вероятен конфликт, в котором один из акционеров не согласен с необходимостью обращаться в суд с заявлением о банкротстве, в то время как другой признает ее. В подобной ситуации изначально неразумно концентрировать ответственность на каждом из директоров, образующих единоличный исполнительный орган.

Следует также обратить внимание на формулировку п. 3.1 ст. 9 Закона в новой редакции: «Если в течение предусмотренного пунктом 2 настоящей статьи срока руководитель должника не обратился в арбитражный суд с заявлением должника и не устранены обстоятельства, предусмотренные абз. вторым, пятым — восьмым пункта 1 настоящей статьи...». Таким образом, если обстоятельства, влекшие обязанность руководителя обратиться в суд с заявлением, устранены (а именно на устранение обстоятельств, очевидно, рассчитывает руководитель, «не торопясь» обращаться в суд), то и его предшествующее необращение не рассматривается как правонарушение. В литературе отмечается, что «так как предпринимательская деятельность носит рисковый характер, было бы совершенно неоправданно заставлять должника обращаться в суд с заявлением о банкротстве при каждом временном кризисе ликвидности и неспособности своевременно погасить текущую задолженность юридического лица» [Гутников О.В., 2019: 331]. Однако если улучшения ситуации не произошло, поведение руководителя ретроспективно становится противоправным.

Тем не менее судебная практика не торопится автоматически квалифицировать неправомочность необращения руководителя в суд на основании наличия задолженности или негативных финансовых показателей, оставляя ему возможность сослаться на принятие мер к устранению текущей непла-

тежеспособности. Основа этого заложена в п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 53, в соответствии с которым если руководитель должника докажет, что само по себе возникновение признаков неплатежеспособности не свидетельствовало об объективном банкротстве, и он, несмотря на временные финансовые затруднения, добросовестно рассчитывал на их преодоление в разумный срок и приложил для этого необходимые усилия, то он может быть освобожден от субсидиарной ответственности. Однако важным условием является наличие у него экономически обоснованного плана, и освобождение от ответственности предусматривается только на тот период, пока выполнение его плана являлось «разумным с точки зрения обычного руководителя, находящегося в сходных обстоятельствах». Бремя доказывания, как видим, возложено на руководителя. В доктрине такая характеризуется как «процессуальный пинг-понг», выражающийся в том, что озвучивание истцами доводов о моменте возникновения у них обязанности обратиться в суд влечет необходимость представить следом опровержение путем доказывания, что состояние компании на тот момент не было критическим. Наличие плана вывода организации из кризиса указывается в качестве единственной возможности для руководителя опровергнуть презумпцию нарушения им обязанности по подаче заявления [Горбашев И.В., 2018: 10].

Вместе с тем начинает складываться позитивная практика по оцениванию действий руководителя, совершаемых в спорный период. Общая тенденция сводится к тому, что не любая финансовая трудность, пусть и могущая впоследствии стать причиной банкротства, является непереносимым основанием для скоропалительного обращения в суд. Данный вывод поддерживают и ученые [Рыков И.Ю., 2019: 57].

Согласно выводам Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 29.03.2018 по делу № 306-ЭС17-13670(3), А12-18544/2015, «сами по себе кратковременные и устранимые, в том числе своевременными эффективными действиями руководителя затруднения, не могут рассматриваться как безусловное доказательство возникновения необходимости обращения последнего в суд с заявлением о банкротстве»⁷. Определение содержит утверждения о необходимости должным образом исследовать принимаемые руководителем меры, направленные на финансовую стабилизацию компании. Данная позиция начала позитивно восприниматься и нижестоящими арбитражными судами.

Пример — постановление арбитражного суда Поволжского округа от 04.09.2019 № Ф06-29049/2017, в котором зафиксировано, что руководитель

⁷ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29.03.2018 по делу № 306-ЭС17-13670(3), А12-18544/2015 // СПС Консультант Плюс.

должника не имел возможности предвидеть банкротство кредитной организации (АКБ «Банк Город»), хотя им были приняты меры по улучшению финансового состояния должника⁸; не был оставлен без внимания факт, что ответчиком предпринимались меры по восстановлению платежеспособности общества, в том числе путем привлечения кредитных денежных средств по кредитному договору. В постановлении арбитражного суда Поволжского округа от 29.05.2019 № Ф06-45804/2019 по делу № А06-8239/2018 содержится вывод, что наличие кредиторской задолженности в определенный момент само по себе не подтверждало обязанности руководителя по подаче соответствующего заявления в арбитражный суд⁹.

Вместе с тем на момент возникновения обстоятельств, названных в п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, руководитель является единственным, кто в случае дальнейшего неблагоприятного развития ситуации несет субсидиарную ответственность перед кредиторами за необращение / несвоевременное обращение в суд. В литературе подчеркивается, что субсидиарная ответственность за просрочку инициирования дела о банкротстве базируется на принципе добросовестности участников гражданских правоотношений [Шиткина И.С., 2019: 368], однако фактически далеко не в каждом случае руководителя, не подавшего в ключевой момент заявление о банкротстве, автоматически можно назвать недобросовестным ввиду значительного объема неопределенности, заложенной в самом Законе.

В частности, дилемма заключается в том, что, согласно Закону, один и тот же субъект одновременно обязан незамедлительно обратиться в суд с заявлением о банкротстве и при этом принять все зависящие от него разумно необходимые меры для предупреждения банкротства в соответствии со ст. 31 Закона о банкротстве. По логике данной нормы члены коллегиальных органов, равно как и контролирующие лица, не входящие в состав органов управления, остаются в стороне: заботиться о предотвращении наступления банкротства должен один руководитель, при этом «иные органы» должника упоминаются в данной статье в контексте обязанности действовать в интересах кредиторов с момента осознания появления признаков банкротства.

Обязанность принять необходимые меры по предупреждению банкротства возникает у руководителя уже *после* обнаружения признаков банкротства, в то время как обязанность обратиться в суд с заявлением о банкротстве возникает гораздо раньше — в момент так называемого «предвидения банкротства»; ст. 9 Закона о банкротстве не позволяет ждать образования

⁸ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 04.09.2019 № Ф06-29049/2017 по делу N А65-28482/2015 // СПС Консультант Плюс.

⁹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 29.05.2019 № Ф06-45804/2019 по делу N А06-8239/2018 // СПС КонсультантПлюс.

формальных признаков. Соответственно остается неразрешенным вопрос, каким образом должны сочетаться эти две обязанности. Ведь в п. 1 ст. 31 Закона говорится именно о предупреждении банкротства как таковом, а не о, допустим, обеспечении сохранности имеющегося имущества в интересах кредиторов. То есть, несмотря на опубликование сведений о признаках банкротства в Едином федеральном реестре сведений о фактах деятельности юридических лиц (требуемое этим же пунктом ст. 31 Закона) и на уже однозначно возникшую обязанность подать заявление о банкротстве, руководитель все еще должен совершить инициативные действия по оптимизации финансовой ситуации должника. Вопросы о согласовании этих действий с какими бы то ни было вышестоящими органами управления Закон не затрагивает.

2. Роль коллегиальных органов в корпорации: возможности влияния на инициирование процесса банкротства

На протяжении длительного времени вплоть до нововведений 2017 года роль коллегиальных органов, в первую очередь общего собрания акционеров (участников) в инициировании процесса банкротства должником не фигурировала в Законе о банкротстве. Имело место лишь разъяснение Высшего Арбитражного Суда о независимости рассмотрения судом заявления руководителя должника от наличия решения органа, уполномоченного в соответствии с учредительными документами должника на принятие решения о ликвидации должника¹⁰.

Данное разъяснение содержит по сути не что иное, как пренебрежение к факту подотчетности единоличного исполнительного органа вышестоящим коллегиальным органам и к его месту в структуре управления обществом. Значимость интереса кредиторов в своевременном возбуждении дела о банкротстве, на наш взгляд, не умаляет важности учета принципов взаимодействия органов управления в рамках корпоративной структуры организации. Это приводит нас к необходимости тщательного анализа соотношения относительно новых правил, внедренных в законодательство о банкротстве, с нормами корпоративного законодательства.

В результате упомянутой реформы впервые субъектный состав лиц, обязанных совершить определенные действия по инициированию обращения в суд с заявлением о банкротстве, был расширен. В Законе получили отраже-

¹⁰ П. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 15.12.2004 № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС КонсультантПлюс.

ние обязанности лиц, имеющих полномочия по инициированию общего собрания, и собственно участников общего собрания по принятию решения об обращении в суд, однако *только после истечения срока*, когда руководитель был обязан обратиться сам, но не сделал этого.

Итак, в соответствии с новыми правилами, внесенными Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ, если руководитель в установленный срок не подал заявления в суд, «включается» обязанность иных субъектов корпоративного управления, именно: «лица, имеющие право инициировать созыв внеочередного общего собрания акционеров (участников) должника, либо иные контролирующие должника лица *обязаны потребовать* проведения досрочного заседания органа управления должника, уполномоченного на принятие решения о ликвидации должника, *для принятия решения* об обращении в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом, которое *должно быть проведено* не позднее десяти календарных дней со дня представления требования о его созыве». Вызывающим недоумение моментом является уже само по себе обращение в тексте Закона к органу, уполномоченному на принятие решения о ликвидации, как к запасному варианту, как будто его компетенция приобретает значение только если руководитель своевременно не обратился в суд.

Обращает на себя внимание и срок вступления в силу указанной обязанности — десять календарных дней со дня *истечения* срока, предусмотренного для руководителя. Неизбежно встает вопрос, каким образом предполагается гарантированное обеспечение информацией соответствующих лиц на момент наступления этого срока? Следует согласиться с утверждением О.В. Гутникова, что «совершенно непонятно, как и когда собственник имущества должника — унитарного предприятия или контролирующие лица могут узнать о пропуске такого срока, поскольку вопросы текущей финансово-хозяйственной деятельности должника находятся в ведении руководителя, но даже он не всегда с очевидностью может установить наличие признаков неплатежеспособности, недостаточности имущества или других названных в ст. 9 Закона обстоятельств» [Гутников О.В., 2019: 335]. Вопрос о составе лиц, ответственных за инициирование и проведение общего собрания, порождает вопрос и об обязанности руководителя уведомить этих лиц, чтобы возникновение у них обязанности при просрочке таковой руководителем было, по крайней мере, логично.

Если предусмотреть за руководителем безусловную обязанность сообщить о рассматриваемых обстоятельствах лицам, уполномоченным на созыв общего собрания, то не рационально ли с самого начала обеспечить решение вопроса на уровне общего собрания, органа, компетентного на решение вопроса о ликвидации общества, не дожидаясь просрочки обязанности руководителя по обращению в суд? Очевидно, что генеральный директор в

подавляющем большинстве случаев не возьмет на себя ответственности за подачу заявления, не согласовав этот шаг с назначившими его акционерами и / или советом директоров. В свою очередь, согласование данного вопроса в любом случае отнимет драгоценное для кредиторов время, причем «виноват» в течение этого периода будет пока что один руководитель. Возложение ответственности на иных лиц, входящих в органы управления, и/или контролирующих лиц, предусмотрено только по долгам, возникшим за период с момента возникновения непосредственно *их* обязанности по совершению активных действий, направленных на организацию проведения общего собрания. Их фактическое влияние на недопущение оперативного обращения руководителя в суд не рассматривается в качестве основания разделения ими субсидиарной ответственности с этим руководителем, который, разумеется, не заинтересован в конфликтной ситуации с членами вышестоящих органов управления. Однако он не заинтересован и в собственной юридической ответственности, поэтому так или иначе Закон ставит его перед выбором: либо идти наперекор вышестоящим органам и / или акционерам (участникам) и, очевидно, завершить свою карьеру в данной компании (при том, что основания для обращения в суд могут оказаться спорными, а трудности — временными), либо проявить солидарность с политикой указанных органов / лиц по недопущению «преждевременного» необратимого шага и принять на себя риск возложения субсидиарной ответственности перед кредиторами за такое решение.

Таким образом, есть явный пробел в регулировании распределения ответственности. На первый взгляд, казалось бы, включение в субъектный состав ответственных лиц членов иных органов управления и контролирующих лиц наряду с руководителем является прогрессивным шагом, направленным на устранение несправедливой ситуации единоличной ответственности руководителя перед кредиторами. Однако действующие нормы не способны обеспечить ликвидацию данной несправедливости в силу сохранившейся концентрации обязанности и, соответственно, последующую потенциальную ответственность исключительно на руководителе в тот период, когда обязанность иных лиц еще не «активирована».

Иными словами, за действующими нормами не просматривается общая осмысленная идея: в чем состоит их назначение? Если смысл заключается в разделении ответственности руководителя с членами коллегиальных органов, в компетенцию которых входит обеспечение принятия решение о ликвидации в соответствии с законом, тогда почему обязанность возникает на разных этапах, причем в любом случае (при наступлении соответствующих последствий) наступит для руководителя, но может так и не возникнуть для лиц, уполномоченных созывать компетентный орган? Очевидно, что в лю-

бом случае созыв внеочередного общего собрания в сроки, установленные корпоративным законодательством, влечет потерю времени с вытекающими неблагоприятными последствиями для кредиторов, что отражается и на объеме субсидиарной ответственности. По этой причине изначально требование о подаче заявления обращено к руководителю должника. Однако мы наглядно убедились в его уязвимости в данной ситуации ввиду недостаточности понимания специфики его положения в системе управления корпорацией.

В связи с обозначенной неопределенностью считаем рациональным распространение ответственности, на, как минимум, контролирующих лиц — акционеров, а также членов совета директоров при наличии доказательств, что руководитель должника обращался к ним с информацией о наступлении обстоятельств, требующих обращения в суд, и/или призывом инициировать внеочередное общее собрание для рассмотрения данного вопроса. Если указанные лица не предпринимают никаких активных действий в состоянии осведомленности и /или фактически оказывают давление на руководителя с целью недопущения его обращения в суд, они должны разделять с ним бремя ответственности перед кредиторами.

Полагаем также, что необходимость закрепления изначальной обязанности по принятию решения по обращению в суд за коллегиальным органом, в компетенцию которого входит решение вопроса о ликвидации, имеет весомые основания. В силу закрепления в российской правовой системе такой структуры корпоративного управления, которая предполагает подотчетность исполнительных органов, включая генерального директора, общему собранию акционеров (участников) и совету директоров (при его наличии), идея принятия подобного решения руководителем общества изначально грубо нарушает принципы иерархичности и обособления компетенции органов управления. Между тем эти принципы лежат в основе всей системы корпоративного управления в рамках российской модели, в связи с чем один лишь довод о приоритете специального законодательства (в данном случае о банкротстве) является явно недостаточным для теоретического обоснования столь радикального отступления от них.

Вместе с тем перераспределение обязанностей и ответственности в сторону первичности решения высшего органа управления корпорацией также не является безупречным способом решения проблемы неоправданной уязвимости потенциально ответственных перед кредиторами лиц, равно как и обеспечения оперативности возбуждения дела о банкротстве в целях защиты интересов кредиторов. Попытаемся рассмотреть, какие препятствия содержит действующее законодательство для реализации такого шага, как коллегиальное принятие решение о подаче заявления о банкротстве.

3. Барьеры, влияющие на возможность возложить ответственность за обращение в суд на коллегиальный орган

Прежде всего налицо нечеткое обозначение субъекта обязанности. К лицам, имеющим право инициировать проведение общего собрания в акционерном обществе, относятся аудитор, ревизионная комиссия, а также акционеры, обладающие в совокупности не менее чем 10% голосующих акций¹¹. Неясно дальнейшее упоминание в качестве обязанных субъектов «иных контролирующих должника лиц», поскольку перечисленные лица контролирующими, строго говоря, не являются.

Налицо, таким образом, несовпадение субъектного состава, образующего понятие «контролирующее лицо» с субъектным составом лиц, уполномоченных на инициирование внеочередного общего собрания в хозяйственном обществе. Более того, по п. 13 Постановления № 53, привлечению к субсидиарной ответственности подлежат именно контролирующие лица, не совершившие надлежащих действий по созыву общего собрания. Между прочим, такое толкование не очевидно из п. 1 ст. 61.12 Закона о банкротстве, в котором говорится только о лицах, на которых законом возложена обязанность по созыву заседания для принятия решения о подаче заявления должника в арбитражный суд и (или) принятию такого решения. Однако пункт 3.1 ст. 9 Закона возлагает такую обязанность на лиц, имеющих право инициировать созыв внеочередного общего собрания акционеров (участников) должника, автоматически причисляя таких лиц к числу контролирующих. В свою очередь, Пленум Верховного Суда Российской Федерации по сути сводит ответственных лиц к контролирующим (и осведомленным) в принципе. Остается неясной общая идея, заложенная в данной совокупности рассогласованных норм. Если она сводится к тому, что отвечать может только лицо, уполномоченное на созыв коллегиального органа и являющееся контролирующим, то какова степень эффективности данных установок применительно к должникам, участники которых формально не подпадают под заложенные в Постановлении № 56 критерии контролирующих лиц?

Данную проблему проиллюстрируем судебной практикой, изучение которой выявляет неготовность судов возлагать ответственность за несовершение необходимых действий по созыву и проведению общего собрания на лиц, не обладающих долей, составляющей 50% и более. Так, в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 25.03.2019¹² рассматривался вопрос об

¹¹ П. 1 ст. 55 Закона об акционерных обществах.

¹² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.03.2019 N Ф05-4079/2017 по делу N А40-74737/16 // СПС КонсультантПлюс.

определении контролирующего лица, обязанного предпринять необходимые меры для созыва общего собрания участников должника ООО «Метрострой». Суд отказался признавать контролирующим лицом участника, обладавшего в спорный период долей в размере 35%, указав, что данный участник не являлся мажоритарным и его голос влияния на принятие большинства решений не имел. Суд пришел к выводу, что у данного участника в силу закона «отсутствовала обязанность по созыву общего внеочередного общего собрания акционеров (участников) должника для принятия решения об обращении в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом».

Между тем, исходя из основных положений корпоративного законодательства применительно к созыву внеочередного общего собрания хозяйственного общества, очевидно, что полномочие требовать созыва общего собрания (и в определенных законом случаях самостоятельно его созывать) не обусловлено наличием контрольного пакета. Логика законодателя и Пленума Верховного Суда, таким образом, не вполне ясна. Если целью введения норм о распространении субсидиарной ответственности за неподачу (несвоевременную подачу) заявления не только на руководителя, но и на лиц, уполномоченных созвать компетентный коллегиальный орган и принять соответствующее решение, являлось упрочение защиты прав кредиторов, то каким образом может обеспечиваться такая защита при отсутствии в обществе лица, обладающего долей 50% и более?

В свою очередь, полномочиями созыва обладают, во-первых, участники с меньшим пакетом (и между тем весомым, если рассматривать вышеприведенный пример с долей 35%), а во-вторых, совет директоров, члены которого вообще не фигурируют в качестве ответственных лиц по логике Закона и Постановления № 53, в то время как совет директоров является ключевым органом, определяющим в том числе финансовую политику общества, и должен предполагаться осведомленным о состоянии его дел. Совет, в частности, уполномочен давать рекомендацию о размере распределяемой прибыли¹³, т.е. акционеры при решении данного вопроса на общем собрании связаны установкой Совета, чья разборчивость в финансовых делах общества по сути является приоритетной. Таким образом, на наш взгляд, акценты при определении ответственных за несозыв общего собрания лиц расставлены нелогично. Какой смысл высчитывать, у кого из акционеров какое количество акций (размер доли) имелось на момент возникновения необходимости обращения в суд (учитывая, что акции и доли активно обращаются: в вышеприведенном судебном деле у участницы общества-должника на момент возбуждения дела о банкротстве было 15%, а через несколько дней

¹³ Пп. 11 п. 1 ст. 65 Закона об акционерных обществах.

стало 50%), а также определять периоды ответственности последовательно сменивших друг друга руководителей¹⁴, если в обществе есть Совет, в основную компетенцию которого входит созыв общего собрания?

На наш взгляд, положения Закона о банкротстве не учитывают неодинакового объема возможностей единоличного исполнительного органа не только в разных юридических лицах, но и даже в разных видах хозяйственных обществ. Так, если в обществе с ограниченной ответственностью единоличный исполнительный орган *уполномочен инициировать проведение внеочередного общего собрания участников*, то в акционерном обществе у генерального директора такое полномочие отсутствует. Наличие совета директоров в акционерном обществе известным образом перераспределяет груз ответственности за проведение общего собрания; единоличный исполнительный орган не обладает вообще никакими формальными полномочиями по оказанию влияния на возможность экстренного проведения общего собрания. Он не может ни инициировать его сам, ни обратиться с соответствующим требованием к совету директоров. Важно отметить, что при отсутствии совета директоров в акционерном обществе (такая возможность предусмотрена п. 1 ст. 64 Закона об акционерных обществах) полномочия генерального директора в данном отношении никак не меняются. В свою очередь, в обществе с ограниченной ответственностью основная роль в проведении общего собрания закреплена по умолчанию как раз за единоличным исполнительным органом.

Игнорирование в Законе о банкротстве этого различия порождает неизбежный вывод о необоснованном унифицированном подходе к должникам любых организационных форм, что вряд ли является конструктивным. В ООО руководитель при возникновении ситуации предвидения банкротства может незамедлительно созвать общее собрание, а в акционерном обществе на его запрос совет директоров даже не обязан реагировать.

4. Обязанность коллегиального органа принять решение: допустима ли постановка такого вопроса?

Обратимся непосредственно к последующей (при необращении руководителя в суд) обязанности собственно лиц, образующих высший орган должника. Закон гласит: указанный орган обязан принять решение об обращении в арбитражный суд с заявлением должника, если на дату его заседания не устранены обстоятельства, при возникновении которых ранее возникла соответствующая обязанность руководителя должника (п. 3.1 ст. 9 Закона о банкротстве).

¹⁴ П. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 53.

Данная формулировка вызывает целый ряд закономерных вопросов. Прежде всего, обязанность органа в принципе является спорной теоретической конструкцией, учитывая, что орган не является субъектом права [Ломакин Д.В., 2008: 285]; [Суханов Е.А., 2011: 92]. Орган юридического лица наделен компетенцией, но сам факт, что, например, общее собрание акционеров (участников) компетентно рассмотреть и решить вопрос о ликвидации общества, не означает, что можно возлагать на этот орган *обязанность* принять такое решение. При последовательном подходе нарушение обязанности влечет ответственность, однако поскольку орган не может выступать ответственным лицом в силу отсутствия у него правосубъектности, речь может идти только об ответственности лиц, являющихся членами данного органа, далеко не каждое из которых способно определять решение органа в целом.

Вопрос об обязанности участника хозяйственного общества активно участвовать в принятии решений на общем собрании не является должным образом теоретически проработанным. Как справедливо отмечают исследователи, участники юридического лица «являются конечными бенефициарами юридического лица, которое создается именно для того, чтобы служить достижению интересов участников. С этих позиций обязанность участников действовать в интересах юридического лица может быть поставлена под сомнение, а на первый план выходят интересы самих участников» [Габов А.В., Гутников О.В., Сеницын С.А., 2015: 169]. Участник корпорации обладает соответствующими корпоративными правами, включая право на участие в управлении путем голосования на общем собрании, однако трансформация данного права в обязанность, согласно закону, возможна лишь в редких исключительных случаях. Так, по п. 4 ст. 65.2 ГК РФ, участник корпорации обязан участвовать в принятии корпоративных решений, без которых корпорация не может продолжать свою деятельность в соответствии с законом, если его участие необходимо для принятия таких решений.

Однако парадокс заключается в том, что решение, которое общее собрание в силу ст. 9 Закона о банкротстве не только компетентно, но и обязано принять, направлено как раз на **прекращение** деятельности общества, а не на ее продолжение. В связи с этим обуславливать ответственность участника нарушением данной возложенной на него ГК РФ позитивной обязанности, очевидно, недопустимо. Аналогично «не подходит» обязанность не совершать действия (бездействие), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация, поскольку корпорация создается явно не для цели ликвидации и / или добровольного банкротства.

Таким образом, для возложения на каждого из участников общего собрания ответственности за непринятие решения об обращении в суд не достает важнейшего элемента — противоправности, при отсутствии которой, стро-

го говоря, поведение участника не является нарушением в принципе. Логика законодателя такова: если создано общее собрание, то участвующие в нем лица обязаны проголосовать за обращение в суд независимо от их мнения по этому вопросу. Между тем, следует задаться вопросом: что, если участник собрания сочтет обращение необоснованным, а аргументы в пользу отсутствия иного выхода — неубедительными? Если обязанность участия в принятии решения еще каким-то образом можно вывести из общей идеи недопущения пренебрежения к важным для общества вопросам, заложенной в нормах ГК РФ¹⁵, то обязанность голосовать «за» не предусмотрена никаким законом в принципе. Никакая императивная норма закона касательно обязанности принятия того или иного решения не может определять волю участника корпорации при голосовании, обратное противоречило бы сущности права участника на голосование как такового.

Судебная практика, иллюстрирующая те или иные последствия нарушения участником корпорации обязанности по содействию в принятии ключевых для корпорации решений, не известна в принципе, что говорит об отсутствии восприятия такой обязанности участника в качестве потенциального фундамента для возможного возложения на него ответственности. Единственное негативное последствие, для облегчения применения которого и вводилась данная обязанность — возможное исключение из общества за существенное затруднение его деятельности. Однако и данная мера актуальна лишь для нормального продолжения деятельности общества, а не для планирования его ликвидации.

Таким образом, субъектный состав и содержание обязанности по принятию решения об обращении в суд на уровне уже коллегиального органа исчерпывающе корректным образом в Законе не обозначены.

5. Обеспечение срочности принятия решения с точки зрения Закона о банкротстве и корпоративного законодательства

Далее возникает вопрос о сочетании сроков, установленных ст. 9 Закона о банкротстве, со сроками, предусмотренными для проведения внеочередного общего собрания корпоративным законодательством. По п. 2 ст. 55 Закона об акционерных обществах внеочередное общее собрание акционеров, созываемое по требованию ревизионной комиссии общества, аудитора обще-

¹⁵ В науке неоднократно подчеркивалось важное значение установления легального основания для применения санкций к участникам, создающим безвыходные ситуации путем уклонения от участия в работе высшего органа корпорации по важным для нее вопросам, что может привести к параличу ее деятельности [Санникова Л.В., 2015: 138].

ства или акционеров (акционера), являющихся владельцами не менее чем 10% голосующих акций общества, должно быть проведено в течение 40 дней с момента требования о проведении внеочередного общего собрания. Очевидно, законодатель, устанавливая указанный срок, руководствовался объективными возможностями по уведомлению и созыву всех акционеров и принятию иных мер, необходимых для обеспечения надлежащего проведения собрания. Если бы 10-дневный срок, внезапно закрепленный Законом о банкротстве, являлся разумно достаточным для проведения такого зачастую масштабного мероприятия, как внеочередное общее собрание, едва ли по Закону об акционерных обществах имело бы смысл устанавливать срок на целый месяц больше.

Обращает на себя внимание утверждение, содержащееся в абз. 7 п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации №53: «Соответствующее приведенным условиям контролирующее лицо может быть привлечено к субсидиарной ответственности по обязательствам, возникшим после истечения совокупности предельных сроков, отведенных на созыв, подготовку и проведение заседания коллегиального органа, принятие решения об обращении в суд с заявлением о банкротстве, разумных сроков на подготовку и подачу соответствующего заявления. При этом названная совокупность сроков начинается течь через 10 дней со дня, когда привлекаемое лицо узнало или должно было узнать о неисполнении руководителем, ликвидационной комиссией должника обязанности по обращению в суд с заявлением о банкротстве (абзац первый пункта 3.1 статьи 9 Закона о банкротстве)». Между тем в абз. 1 п. 3.1 указанной статьи говорится о других сроках — о десятидневном сроке проведения собрания со дня требования о его созыве.

Анализ норм ст. 9 Закона о банкротстве не позволяет определить, за счет чего и каким образом обеспечивается столь радикальное увеличение быстроты проведения внеочередного общего собрания, как меняются возможности совета директоров и какие факторы повышают оперативность сбора акционеров, количество которых теоретически может исчисляться сотнями. Содержание повестки дня никак не может являться таким фактором. Даже для предварительного ознакомления с информацией для принятия столь глобального и необратимого решения 10-дневный срок не является серьезным. Более того, именно важность рассматриваемого вопроса делает крайней сомнительной возможность проведения собрания в режиме «экспресс», учитывая, что решение такого собрания, как и решение абсолютно любого другого общего собрания, акционер может оспорить по общим основаниям. Укороченный в четыре раза срок проведения стандартных мероприятий по созыву общего собрания явно не способствует его безупречности с точки зрения соответствия нормам закона, подзаконных актов и устава.

Вышеизложенное является почвой для следующего вопроса: каковы будут последствия банального отсутствия кворума при таких сжатых сроках проведения собрания? Формально обязанность соответствующего органа по проведению собрания в этом случае соблюдена не будет.

Заключение

Анализ пробелов и противоречий возвращает нас к вопросу о необходимости расширения круга ответственных лиц в зависимости от организационной формы должника, а также от распределения компетенции, в том числе в соответствии с учредительным документом (так, в ООО может быть образован совет директоров, но его полномочия зависят от воли учредителей, закрепленной в уставе). Рационально ввести официальную обязанность руководителя по уведомлению органа, ответственного за проведение общего собрания (в первую очередь речь идет о совете директоров в акционерном обществе) и при ее своевременном исполнении установить солидарную ответственность при бездействии членов совета по инициированию внеочередного общего собрания. Учитывая коллегиальный принцип принятия решения советом директоров, полагаем, что для них должно быть актуально правило, установленное в п. 11 Постановления № 53 (применительно к членам ликвидационной комиссии), согласно которому «не несут ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника о собственном банкротстве члены ликвидационной комиссии, которые действовали добросовестно, приняв все зависящие от них меры, необходимые для подачи комиссией заявления о банкротстве (в частности, требовали созыва собрания членов комиссии, голосовали за принятие соответствующего решения и т.д.), однако их позиция не была поддержана другими членами ликвидационной комиссии». Аналогичным образом данная установка является справедливой и для членов совета директоров, добросовестно совершавших действия, направленные на созыв заседания для принятия решения о проведении общего собрания.

В свою очередь, уклонение акционеров от обеспечения кворума при доказанности надлежащего информирования их советом директоров о проведении собрания с соответствующей повесткой дня закономерно должно влечь распространение ответственности и на них, за исключением обстоятельств, однозначно свидетельствующих об объективной невозможности обеспечить свое участие даже через представителя, либо ситуации угрозы или насилия. Что касается голосования «против», то привлечение к субсидарной ответственности акционера возможно только при доказанности очевидности на момент проведения собрания наличия основания принятия положительного решения по вопросу об обращении в суд.

Полагаем, что месячный срок, установленный для обращения руководителя в суд, вполне адекватен для созыва компетентным органом внеочередного общего собрания для решения вопроса об обращении в суд с заявлением о банкротстве. Разумеется, такой срок следует установить с момента реализации руководителем обязанности по информированию совета директоров акционерного общества о возникновении оснований для обращения в суд, и этот срок должен быть максимально сжатым. Если же речь идет об обществе с ограниченной ответственностью, то, по общему правилу, у лица, занимающего должность единоличного исполнительного органа, обязанность по созыву внеочередного общего собрания должна возникнуть непосредственно с момента обнаружения соответствующих обстоятельств.

В целях достижения гармоничного сочетания законодательства о банкротстве с ключевыми положениями корпоративного законодательства работа над концептуальными основами механизма ограничения правомерного поведения всех лиц, имеющих полномочия (возможность) повлиять на принятие решения об обращении в суд, от противоправного, должна быть продолжена. Недооценка особенностей корпоративной структуры должника способна оказать негативное влияние на эффективность применения субсидиарной ответственности по рассмотренному основанию как инструмента защиты прав кредиторов, в связи с чем достижение правовой определенности по каждому аспекту установления оснований такой ответственности является приоритетной задачей в рамках дальнейшего реформирования.



Библиография

- Габов А.В., Гутников О.В., Сеницын С.А. (отв. ред.) Юридические лица в российском гражданском праве М.: ИНФРА-М, 2015. Т. 1. 384 с.
- Горбашев И.В. О некоторых материально-правовых аспектах привлечения к субсидиарной ответственности в разъяснениях ВС РФ // Вестник гражданского права. 2018. N 4. С. 154–202.
- Гутников О.В. Корпоративная ответственность в гражданском праве. М.: Контракт, 2019. 488 с.
- Гутников О.В. Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве: общие новеллы и недостатки правового регулирования // Предпринимательское право. 2018. N 1. С. 48–60.
- Долинская В.В. Проблемы понятийного аппарата в законодательстве о несостоятельности (банкротстве): размышления о главе III.2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. N 7. С. 9–15.
- Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства — неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративных покровов // Вестник ВАС РФ. 2013. N 12. С. 6–61.
- Кольздорф М.А., Шмагин А.А. Содержание и реализация принципа «четырёх глаз» в Германии // Вестник гражданского права. 2018. N 6. С. 220–238.

Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 509 с.

Орленко В. Привлечение руководителей и других контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в рамках процедуры банкротства (последние законодательные изменения и особенности их применения) // Трудовое право. 2018. N 4. С. 5–24.

Осипенко О.В. Актуальные проблемы системного применения инструментов корпоративного управления и акционерного права. М.: Статут, 2018. 448 с.

Рыков И.Ю. Субсидиарная ответственность: тенденции современного менеджмента. 2-е изд. М.: Статут, 2019. 195 с.

Санникова Л.В. (ред.) Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1–5. М.: Статут, 2015. 662 с.

Суханов Е.А. (отв. ред.) Российское гражданское право. М.: Статут, 2011. Т. 1. 958 с.

Цепов Г.В. Можно ли судить за алчность? Ответственность контролирующих лиц коммерческой корпорации перед кредиторами за принятие чрезмерного предпринимательского риска при угрозе несостоятельности // Закон. 2016. N 8. С. 98–120.

Шиткина И.С. (отв. ред.) Корпоративное право. М.: Статут, 2019. 735 с.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Liability for Non-Filing of a Bankruptcy Petition (the Novels of Insolvency Legislation and Current Corporate Rules)

Elena Pirogova

Associate Professor, Department of Civil and Business Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: Pirogova-el@yandex.ru

Yulia Zhukova

Associate Professor, Department of Legal Regulation of Business, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: Julia-jukova@yandex.ru

Abstract

The article is devoted to the analysis of the problems concerning the definition of the grounds of subsidiary liability of those who are responsible for initiation of the insolvency process by filing the debtor's petition. The emphasis is put on the results of the bankruptcy legislation reform of 2017: the research covers court practice over the period of last three years; gaps and controversies of the renovated legislation revealed by representatives of the legal doctrine. One of the key aspects of the research is the correlation of the novels of bankruptcy legislation with the basic current rules regulating corporate relations. The role of the director of the corporation is examined in correlation with other bodies or controlling persons who directly influence his / her decisions regarding filing the bankruptcy petition or refraining from doing this. The authors highlight the ambiguity

of the situation when there are two or more chief executive officers who can potentially represent opposite positions of different shareholders within the pre-bankruptcy period. Special attention is given to the problem of non-logical correlation of powers of the chief executive officer and the general meeting of shareholders authorized to make a decision on the liquidation of the corporation. The formal absence of grounds of liability of the members of the collegial bodies of the corporation and controlling persons (such as shareholders putting pressure upon the director in order to avoid the initiation of the insolvency process at the stage of the occurrence of the debtor's obligation to file the petition) seems to be a major gap in current legislation. The authors are demonstrating the necessity of spreading liability on the informed members of the board of directors and controlling persons, non-acting or acting against filing the petition. Also the research presents the analysis of the legal barriers for imposing the initial obligation to make a decision to file a bankruptcy petition on the collegial body of the corporation, such as uncertainty of the scope of persons liable for non-using the right to request to convene an extraordinary meeting of shareholders; ignorance of the role of the board of directors in the corporation; lack of attention to differences in the scope of powers of the general director in a joint-stock company and a limited liability company; impossibility to demand to vote for liquidation; unreasonably short terms of convening an extraordinary meeting under the new rules of Bankruptcy Act. The authors are proving that the scope of liable persons should depend on the type of the corporation. The conclusions concerning the limits of shareholders' liability are suggested as well.



Keywords

insolvency of a corporation; subsidiary liability; duty to file a bankruptcy petition; correlation of the powers of the corporation's bodies; shareholders' liability; controlling person; extraordinary meeting of shareholders; foreseeing of bankruptcy; duties within the period of foreseeing of bankruptcy.

Acknowledgments: the work is fulfilled with support of SPS Consultant Plus.

For citation: Pirogova E., Zhukova Y. Liability for Non-Filing of a Bankruptcy Petition (the Novels of Insolvency Legislation and Current Corporate Rules). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 139–160 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.139.160



References

Dolinskaya V.V. (2018) Conceptual issues in insolvency law: reflections on chapter III.2 of Federal law "On insolvency (bankruptcy)". *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 7, pp. 9–15 (in Russian)

Egorov A.V., Usacheva K.A. (2013) Subsidiary liability for bankruptcy as a wrong equivalent of the Western doctrine of removal of corporate veil. *Vestnik VAS*, no 12, pp. 6–61 (in Russian)

Gabov A.V., Gutnikov O.V., Doronina N.G. et al. (2015) *Legal entities in Russian civil law*. Vol. 1. Moscow: INFRA-M, 384 p. (in Russian)

Gorbachev I.V. (2018) Subsidiary liability in the explanations of the Supreme Court of the Russian Federation. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4, pp. 154–202 (in Russian)

Gutnikov O.V. (2019) *Corporate liability in civil law*. Moscow: Kontrakt, 488 p. (in Russian)

- Gutnikov O.V. (2018) Liability of head of debtor and other persons in a bankruptcy case: novelties and deficiencies of the law. *Predprinimatelskoe pravo*, no 1, pp. 48–60 (in Russian)
- Kolzdorf M.A., Shmagin A.A. (2018) Content and implementation of the “four-eyes” principle in Germany. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 6, pp. 220–238 (in Russian)
- Lomakin D.V. (2008) *Corporate relationships: theory and implementation in corporations*. Moscow: Statut, 509 p. (in Russian)
- Orlenko V. (2018) Bringing managers and other supervisors to subsidiary liability in bankruptcy proceedings (recent legislative changes and their application). *Trudovoe pravo*, no 4, pp. 5–24 (in Russian)
- Osipenko O.V. (2018) *Systemic application of corporate governance and equity law instruments*. Moscow: Statut, 448 p. (in Russian)
- Rykov I.Y. (2019) *Subsidiary liability: trends of contemporary management*. Moscow: Statut, 195 p. (in Russian)
- Sannikova L.V. (ed.) (2015) *Civil Code of the Russian Federation: commentary to chapters 1–5*. Moscow: Statut, 662 p. (in Russian)
- Shitkina I.S. et al. (2019) *Corporate law*. Moscow: Statut, 735 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. et al. (2011) *Russian civil law*. Vol. 1. Moscow: Statut, 958 p. (in Russian)
- Tsepov G.V. (2016) Is it possible to judge greed? Liability of controlling persons of a commercial corporation before creditors for taking an excessive business risk in the event of insolvency. *Zakon*, no 8, pp. 98–120 (in Russian)

Понятие и природа спортивной ответственности



М.О. Буянова

Профессор, департамент теории права и межотраслевых юридических дисциплин Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mobuianova@yandex.ru



Аннотация

В статье исследуется понятие спортивной ответственности и определяется ее правовая природа. Приводится полемика взглядов ряда ученых на определение понятия юридической ответственности. Автор формулирует понятие юридической ответственности — это правоотношение, возникающее из факта правонарушения между правонарушителем, потерпевшим и государством, в котором обязанность правонарушителя претерпеть неблагоприятные правовые последствия своих противоправных действий соответствует, во-первых, обязанности государства применить к нему меры государственного принуждения, и, во-вторых, праву потерпевшего требовать от государства привлечения правонарушителя к юридической ответственности и возмещения ущерба. Данный подход к пониманию юридической ответственности должен служить методологической основой рассмотрения понятия спортивной ответственности и позволяет более целенаправленно исследовать ее содержание. В статье доказывается, что спортивная ответственность является самостоятельным видом юридической ответственности. Спортивная ответственность представляет собой правовое отношение, возникшее из факта нарушения принятых в установленном законом порядке спортивных норм и правил физическим лицом (спортсменом) или физкультурно-спортивной организацией, признающими такие нормы, содержанием которого является обязанность нарушившего спортивную норму субъекта физической культуры и спорта претерпеть неблагоприятные последствия, предусмотренные санкцией спортивной нормы, и закрепленное в законе право общероссийской спортивной организации (федерации) применить к правонарушителю предусмотренные спортивными правилами меры принуждения. Характерными чертами спортивной (спортивно-правовой) ответственности, отличающими ее от иных видов юридической ответственности, являются: особенности субъекта спортивной ответственности, заключающиеся в том, что привлечению к спортивной ответственности подлежит лицо, признающее спортивную норму; особенности применяемых мер принуждения, заключающиеся в том, что меры принуждения к правонарушителю устанавливаются и применяются негосударственной организацией (общероссийской спортивной федерацией) по прямому уполномочию государства, зафиксированному федеральным законом. Указанные черты обуславливают основную специфику спортивной (спортивно-правовой) ответственности. Эта специфика состоит в том, что, будучи юридической ответственностью, спортивная ответственность несет в себе некоторые (остаточные) признаки ответственности общественной.



Ключевые слова

спорт, юридическая ответственность, спортсмены, тренеры, спортивная ответственность, правонарушение, спортивные нормы, спортивные санкции.

Для цитирования: Буянова М.О. Понятие и природа спортивной ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 161–176.

УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.161.176

Введение

Вопросы юридической (правовой) ответственности всегда находились в центре внимания ученых-правоведов. Актуальность этих проблем обусловлена тем, что они непосредственно затрагивают интересы личности и общества, а их решение способствует укреплению социальной справедливости. В то же время динамизм общественных отношений, усложнение межличностных связей и отношений личности с обществом, граждан с государством ведут к изменениям в содержании и понятии юридической ответственности.

Особую остроту проблемы юридической ответственности приобретают в области физической культуры и спорта. Активное вовлечение в спортивную деятельность масс населения, увеличение количества спортивных мероприятий и рост финансовых средств, обращающихся в сфере физической культуры и спорта, способствовали также росту нарушений спортивных норм и правил, в том числе одних из наиболее опасных из них — нарушений антидопинговых правил. При этом эффективная профилактика и противодействие спортивным правонарушениям затрудняются несогласованностью норм спортивного права, регулирующих основания и порядок привлечения виновного лица к спортивной ответственности, определяющих порядок наложения и снятия спортивных взысканий.

Указанные обстоятельства обострили проблему спортивной ответственности, которая стала привлекать повышенное общественное внимание. Отмеченные негативные тенденции в развитии физической культуры и спорта усиливают необходимость повышения эффективности правового регулирования спортивной юридической ответственности. Однако решение данной задачи невозможно без теоретического анализа самого понятия спортивной ответственности, ее природы, уточнения его содержания и особенностей.

1. Понятие и виды юридической ответственности

В юридической литературе выделяют позитивную (перспективную) [Кочев В.А., 2015: 84] и негативную (ретроспективную) правовую ответствен-

ность. Под первой понимают обязанность личности соблюдать нормы права и действовать в соответствии с их предписаниями. Под второй — обязанность личности претерпеть неблагоприятные последствия своих действий, выразившиеся в нарушении действующей нормы права [Кудрявцев В.Н., 1986: 287]; [Духно Н.А., 2012: 37].

Понятие ответственности неоднозначно трактуется в доктрине. Наиболее распространенной трактовкой юридической ответственности является ее понимание как обязанности лица, совершившего правонарушение, претерпеть неблагоприятные для него последствия [Прокопович Г.А., 2003: 16]; [Липинский Д.А., 2014: 37–51]; [Халиков А.Н., 2015: 26]. Так, по мнению В.А. Лукьянова, «под правовой ответственностью следует понимать обязанность, возложенную на субъект отношений, регулируемых правом, и вызванную некими событиями, произошедшими в сфере данных отношений» [Лукьянов В.А., 1999: 64]. Такая точка зрения в принципе соответствует обыденному пониманию ответственности как своего рода обязанности. К примеру, в Современном толковом словаре русского языка указывается, что ответственность — это «необходимость давать отчет в своих действиях, поступках и т.п.; обязанность отвечать за их возможные последствия» [Снарская С.М., 2003: 469].

Однако теоретическое понятие и термин обыденного языка не равнозначны по своему содержанию. Сведение юридической ответственности к юридической обязанности не вполне правомерно. Трактовка ответственности как обязанности не учитывает такие юридические феномены, как привлечение к юридической ответственности лица, совершившего правонарушение, с одновременным освобождением его от наказания (т.е. от обязанности претерпеть неблагоприятные для него правовые последствия), и, наоборот, освобождение правонарушителя от юридической ответственности с сохранением обязанности возместить ущерб, причиненный его неправомерными действиями. Указанные правовые феномены показывают, что юридическая ответственность и юридическая обязанность — различающиеся понятия, не сводимые друг к другу. Кроме того, не вполне логично вводить дополнительный термин (юридическая ответственность), если для обозначения явления уже имеется и широко используется иной термин (юридическая обязанность). Следует согласиться с А.Н. Халиковым, который возражает против интерпретации юридической ответственности как обязанности: «Здесь видится явная путаница в терминологии. Сводить ответственность к обязанности вряд ли логично, хотя бы из-за неодинаковой этимологии данных слов, не говоря уже о различном содержании излагаемых категорий права» [Халиков А.Н., 2015: 30].

Не позволяет адекватно осмыслить понятие юридической ответственности и приравнивание ее к исполнению обязанности. По мнению С.Н. Братуся, юридическая ответственность — опосредованное государственным

принуждением исполнение обязанности [Братусь С.Н., 2001: 81–82]. Исполнение обязанности — это некоторый процесс, содержанием которого являются определенные действия (или воздержание от действий) лица, на которого данная обязанность возложена. Между тем ответственность в самом общем смысле есть некоторое состояние субъекта права [Баранов В.М., 1998: 7–8], характеризующееся необходимостью исполнения некоторой обязанности [Абдулаев М.И., 2004: 328], т.е. юридическая ответственность предшествует исполнению обязанности и не сливается с ней.

Близка вышеуказанной точке зрения позиция авторов, связывающих понятие юридической ответственности с понятием государственного принуждения и рассматривающих ответственность как применение к правонарушителю принудительных мер воздействия. В частности, О.Э. Лейст полагает, что «юридической ответственностью называется применение к лицу, совершившему правонарушение, мер государственного принуждения, предусмотренных санкцией нарушенной нормы, в установленном для этого процессуальном порядке» [Марченко М.Н., Лейст О.Э., 2002: 468]. По мнению А.Б. Венгерова, «юридическая ответственность — одна из форм государственного принуждения, обеспечивающего правовую систему общества. По сути, это всегда отрицательная реакция государства на противоправное действие. Эта реакция содержит неблагоприятные последствия для правонарушителя, установленные правом» [Венгеров А.Б., 2000: 468].

Здесь следует выдвинуть те же возражения, что и в отношении понимания юридической ответственности как исполнения обязанности. Реакция государства на правонарушение в виде применения к лицу, допустившему нарушение действующей нормы права, мер государственного принуждения, это установленная законом процедура (т.е. некоторый процесс), который возникает после совершения правонарушения и в отношении лица, привлеченного к юридической ответственности. Таким образом, как и в отношении исполнения обязанности, юридическая ответственность предшествует применению мер государственного принуждения и не может быть сведена к такому применению.

Иногда юридическая ответственность отождествляется с собственно мерой государственного принуждения. Так, по мнению В.А. Кислухина, «юридическая ответственность (негативная, ретроспективная) определяется как мера государственного принуждения, основанная на юридическом и общественном осуждении поведения правонарушителя, и выражается в установлении для него определенных отрицательных последствий в форме ограничений личного, имущественного и иного порядка» [Кислухин В.А., 2002: 28].

Полагаем, что юридическую ответственность нельзя отождествлять с мерами государственного принуждения. Правонарушитель может избежать

применения к нему мер принудительного характера, однако юридическая ответственность за его действия с него при этом не снимается. Само существование мер государственного принуждения не означает наличия юридической ответственности (они существуют до своей реализации). Кроме того, применение мер государственного принуждения не совпадает по времени с моментом возникновения юридической ответственности. Юридическая ответственность может наступить, а принудительные меры не быть применены, и наоборот, юридическая ответственность может не возникнуть, а принудительные меры находят свое применение [Андреев А.В., 1984: 8].

Более продуктивным представляется понимание юридической ответственности как особого (охранительного) правоотношения [Булатов А.С., 1985: 12]; [Кейзеров Д.М., 2005: 13].

Юридическая ответственность, будучи одним из видов социальной ответственности [Родионова Е.В., 2007: 29], не может быть явлением, имеющим иную природу, нежели ответственность вообще. Следует также отметить, что философская трактовка ответственности определяет данное понятие через более общую категорию отношения, видя суть ответственности именно в отношении: «Ответственность — отношение зависимости человека от чего-то (от иного), воспринимаемого им ретроспективно или перспективно в качестве определяющего основания для принятия решений или совершения действий, прямо или косвенно направленных на сохранение иного или содействие ему» [Степин В.С., 2001: 171].

В юридической литературе данный подход к пониманию ответственности разделяет И.Н. Сенякин, который определяет юридическую ответственность как «возникшее из правонарушений правовое отношение между государством в лице его специальных органов и правонарушителем, на которого возлагается обязанность претерпевать соответствующие лишения и неблагоприятные последствия за совершенное правонарушение, за нарушение требований, которые содержатся в нормах права» [Матузов Н.И., Малько А.В., Сенякин И.Н., 1997: 543].

В доктрине также справедливо отмечалось, что юридическая ответственность — это всегда ответственность перед иным субъектом права, ее невозможно представить как одностороннее явление, как ответственность перед самим собой [Трофимова М.П., 2000: 22]; [Носков С.А., 2007: 19]. Обязанности правонарушителя претерпеть неблагоприятные правовые последствия совершения правонарушения всегда корреспондирует право потерпевшего требовать возмещения ущерба, а также соответствует обязанность государства привлечь виновного к юридической ответственности и принять к нему установленные законом меры государственного принуждения. Таким образом, юридическую ответственность следует понимать как возникающее из

факта правонарушения правоотношение между правонарушителем, потерпевшим и государством, в котором обязанность правонарушителя претерпеть неблагоприятные правовые последствия своих противоправных действий соответствует, во-первых, обязанности государства применить к нему меры государственного принуждения, и, во-вторых, праву потерпевшего требовать от государства привлечения правонарушителя к юридической ответственности и возмещения ущерба.

Данный подход к пониманию юридической ответственности, на наш взгляд, может служить методологической основой рассмотрения понятия спортивной ответственности и позволяет более целенаправленно исследовать ее содержание.

2. Понятие и содержание спортивной ответственности

Спортивное право — относительно молодая отрасль права, предмет которой (собственно спортивные отношения) находится в стадии активного формирования и развития [Алексеев С.В., 2016: 48]. Данное обстоятельство сказывается на трактовке сути и содержания спортивной ответственности, варьирующейся от ее отрицания до включения в ее содержания юридической ответственности, выходящей за пределы нарушения норм спортивного права, и внеюрисдикционной ответственности за нарушения чисто технических норм и правил.

Рассматривая некоторые вопросы ответственности за употребление допинга в спорте, А.Н. Опрышко утверждает, что спортивная ответственность не может быть отнесена к юридической ответственности, поскольку «она не опирается на государственное принуждение, и правонарушитель спортивных правил не наказывается от имени государства». По его мнению, «спортивная ответственность — это применение мер принуждения со стороны общероссийской спортивной федерации к лицу, признающему нормы, утвержденные такой общероссийской спортивной федерацией, за совершение спортивных правонарушений» [Опрышко А.Н., 2014: 74, 75]. Таким образом, А.Н. Опрышко рассматривает спортивную ответственность как разновидность общественной ответственности, не основанной на применении мер государственного принуждения и не влекущей для нарушителя спортивных норм неблагоприятных юридических последствий.

С данной точкой зрения нельзя согласиться. Российский законодатель наделил общероссийские спортивные федерации правом разрабатывать с учетом правил соответствующих видов спорта и утверждать нормы, устанавливающие права, обязанности и спортивные санкции для признающих такие нормы субъектов физической культуры и спорта (п. 5 ч. 1 ст. 16 ФЗ

«О физической культуре и спорте в Российской Федерации»¹). Тем самым законодатель уполномочил общероссийские спортивные федерации выражать волю государства при привлечении спортсменов к спортивной ответственности, т.е. делегировал им право применять к субъектам спортивных правоотношений меры государственного принуждения. Реализуя это право, общероссийские спортивные федерации принимают в рамках своей компетенции правила соответствующих видов спорта, предусматривающие санкции за нарушение субъектами спортивных правоотношений установленных спортивных норм². Таким образом, следует признать, что спортивная ответственность опирается на государственное принуждение, и применение спортивных санкций осуществляется в соответствии с волей государства, а значит, спортивная ответственность представляет собой разновидность юридической ответственности.

Не вполне последовательную позицию на проблему спортивной ответственности занимает Ю.В. Зайцев. Рассмотрев признаки юридической ответственности, и сравнив их со спортивной ответственностью, автор заключает, что поскольку спортивная ответственность не опирается на государственное принуждение, и спортсмен, допустивший нарушение спортивных правил, наказывается не от имени государства, то спортивную ответственность нельзя отнести к юридической ответственности. Однако затем автор признает, что «спортивная ответственность и юридическая ответственность имеют много общего», и замечает, что хотя спортивную ответственность нельзя отнести к традиционным видам юридической ответственности, но «на свое существование, как нетрадиционный (особый) вид юридической ответственности, спортивная ответственность имеет полное право» [Зайцев Ю.В., 2013: 19].

Как было отмечено, привлечение лица, нарушившего нормы спортивного права, к спортивной ответственности, осуществляемое общероссийской спортивной федерацией, санкционировано государством. Через действия общероссийской спортивной федерации государство выражает свою волю, а потому спортивная ответственность опирается на государственное принуждение и по этому признаку соответствует традиционной (в терминологии Ю.В. Зайцева) юридической ответственности.

¹ Федеральный закон от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

² См., напр., Правила вида спорта «саннй спорт» (утв. приказом Минспорта России от 18.09.2018 № 794) // СПС КонсультантПлюс; Правила вида спорта «хоккей на траве» (утв. приказом Минспорта России от 22.06.2017 № 564) // СПС КонсультантПлюс; Регламент РФС по статусу и переходам (трансферу) футболистов. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/902323634>; Дисциплинарный регламент РФС. Available at: URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/19195-disciplinarnyj-reglament> (дата обращения: 01.01.2021)

И.М. Амиров, рассматривая проблемы спортивной ответственности, вводит для обозначения данного явления термин «соревновательно-техническая ответственность», заменив его в последующем на термин «спортивно-соревновательная ответственность» [Амиров И.М., 2010: 121, 158]. Автор отмечает, что «в практике проведения спортивных состязаний, возникают ситуации, когда их участники допускают нарушения спортивно-технических норм, которые непосредственно связаны со спецификой проведения спортивных состязаний и имеют значение только исходя из специфических принципов, а также тактики и стратегии данного вида спорта». Ученый видит особенность спортивных санкций в том, чтобы «поставить нарушителя и (или) его команду в менее выгодное положение, исходя из сути и принципов данного вида спорта, относительно его соперника (соперников) и (или) в передаче последнему (последним) некоторого соревновательно-тактического преимущества». В качестве примеров санкций спортивной ответственности он приводит нарушения спортсменами правил соревнований в отдельных видах спорта — удаление игрока с поля в игровых видах спорта, назначение пенальти в футболе или буллита в хоккее и т.п. [Амиров И.М., 2005: 159–160].

Полагаем, что содержание, которое И.М. Амиров вкладывает в понятие спортивной (спортивно-соревновательной) ответственности, выходит за пределы юридической (правовой) ответственности. Санкции вроде удаления игрока с поля, назначения штрафных ударов в некоторых видах спорта и т.п. не влекут для спортсмена-нарушителя никаких неблагоприятных юридических последствий, они налагаются судьей, обслуживающим спортивное мероприятие, а не органом, наделенным законом полномочиями по привлечению субъектов спортивных правоотношений к спортивной ответственности, т.е. эти санкции не могут считаться мерами государственного принуждения.

Кроме того, как верно отмечает М.А. Маргулис, в спортивном праве «дисциплинарные нормы и правила существенно отличаются и от правил игры дисциплинарного характера. Правила игры применяются исключительно в ходе самой игры и не действуют после окончания соответствующих соревнований. Дисциплинарные же нормы, напротив, не применяются непосредственно во время проведения спортивных соревнований и вступают в действие обычно по их окончании» [Маргулис М.А., 2005: 154–155]. Поэтому ответственность спортсменов за нарушение подобных технических правил не имеет правовой природы, не является юридической спортивно-правовой ответственностью.

Широко толкует понятие спортивной ответственности С.А. Юрлов. Рассматривая спортивную (в терминологии автора — спортивно-правовую)

ответственность как самостоятельный вид юридической ответственности, автор полагает, что «спортивно-правовая ответственность включает в себя ответственность, связанную не только с нарушениями регламентов и правил спортивных соревнований, но и с иными отношениями, которые складываются внутри спортивной федерации по виду спорта» [Юрлов С.А., 2015: 62]. К мерам спортивной ответственности относятся и предусмотренные Уголовным кодексом Российской Федерации³ меры уголовного наказания за преступления в спортивной сфере. Такое толкование спортивной ответственности стирает границы, отделяющие ее от других видов юридической ответственности, и, тем самым, отказывает ей в самостоятельности и специфичности.

А.М. Агузаров указывает, что к спортсменам и тренерам применяются наряду с мерами ответственности, предусмотренными трудовым законодательством, также меры ответственности по решению общероссийских и международных спортивных федераций. При этом автор, отметив, что данный вид ответственности выделяется в юридической литературе как спортивная ответственность, выражает мнение, что эта ответственность дисциплинарная, поскольку «заключается она в применении к спортсменам и тренерам мер дисциплинарного воздействия» [Агузаров А.М., 2012: 22].

С этим мнением трудно согласиться. Дисциплинарная ответственность работника реализуется в рамках трудовых правоотношений. В юридической литературе она понимается как ответственность работника перед работодателем, как обязанность работника, совершившего дисциплинарный проступок, понести предусмотренные трудовым законодательством меры воздействия [Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н., 2008: 51]; [Гусов К.Н., Толкунова В.Н., 2005: 326–327]; [Смирнов О.В., Снигирева И.О., 2007: 458]. Дисциплинарная ответственность заключается в применении к работнику мер воздействия, установленных Трудовым кодексом Российской Федерации (далее — ТК РФ)⁴, и этот перечень расширительному толкованию не подлежит. Работник несет дисциплинарную ответственность перед работодателем, которого российский законодатель наделяет правом применить дисциплинарные взыскания, причем работодатель не вправе устанавливать и применять дисциплинарные взыскания, не закрепленные в ТК РФ. Наступление дисциплинарной ответственности работника невозможно вне рамок трудовых правоотношений между работником, привлекаемым к дисциплинарной ответственности, и работодателем.

³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁴ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

В то же время спортивная ответственность реализуется в рамках спортивных правоотношений. Спортивные санкции вводятся за нарушение спортивной, а не трудовой дисциплины, и они устанавливаются не законом, а общероссийской спортивной федерацией. Применяются спортивные санкции не работодателем, а общероссийской спортивной федерацией, не связанной со спортсменом, нарушившим спортивные правила и привлекаемым к спортивной ответственности, какими-либо трудовыми правоотношениями. Таким образом, спортивная ответственность наступает вне рамок трудовых правоотношений, а потому она не может быть квалифицирована как специфическая разновидность дисциплинарной ответственности.

К спортивной ответственности за нарушение спортивных правил могут быть привлечены не только спортсмены, но и спортивные (физкультурно-спортивные) организации. Так, например, Приложением № 3 к Регламенту РФС по статусу и переходам (трансферу) футболистов⁵ за неисполнение профессиональным футбольным клубом условий трансферного контракта предусматривается ответственность в виде штрафа на профессиональный футбольный клуб в размере до 250 000 рублей. В юридической литературе было высказано мнение, что спортивная ответственность физкультурно-спортивных организаций является разновидностью корпоративной ответственности, поскольку устанавливается нормами, разрабатываемыми, принимаемыми и применяемыми самими спортивными организациями [Прокопец М.А., 2007: 131–135].

На наш взгляд, отнесение ответственности физкультурно-спортивных организаций за нарушение спортивных норм и правил к корпоративной ответственности не соответствует природе спортивных правоотношений, в рамках которых зарождаются и функционируют отношения по поводу нарушений спортивных норм и правил и привлечения виновных к спортивной ответственности.

Спортивные отношения представляют собой «общественные отношения, складывающиеся в сфере спорта по поводу участия человека в соревнованиях и подготовки к ним» [Сердюков А.В., 2011: 67]. Между тем, корпоративные правоотношения представляют собой урегулированные нормами права общественные отношения в корпорации, возникающие в связи с ее созданием, деятельностью и прекращением, где деятельность понимается как производственно-хозяйственная. Соответственно корпоративная ответственность рассматривается как разновидность гражданско-правовой имущественной ответственности организации (юридического лица) [Шиткина И.С., 2015: 2-26, 35].

⁵ Регламент РФС по статусу и переходам (трансферу) футболистов. Available at: URL: <http://docs.cntd.ru/document/902323634> (дата обращения: 01.01.2021)

Таким образом, спортивная ответственность физкультурно-спортивных организаций и корпоративная ответственность имеют различную правовую природу, а потому спортивная ответственность физкультурно-спортивных организаций не может быть сведена к ответственности корпоративной.

Р.А. Мерзликина и А.В. Бычкова полагают, что ответственность физкультурно-спортивных организаций «представляет собой совершенно самостоятельный вид юридической ответственности» [Мерзликина Р.А., Бычкова А.В., 2014: 32]. При этом предлагается выделить ее «в совершенно отдельную ответственность, которая могла бы существовать сама по себе и регулироваться своими определенными санкциями» [Бычкова А.В., 2014: 24].

Данный подход к пониманию ответственности физкультурно-спортивных организаций допускает необоснованное смешение спортивной и корпоративной ответственности, имеющих различную правовую природу. Кроме того, при таком подходе спортивная ответственность физкультурно-спортивных организаций искусственно отрывается от общей спортивной ответственности, а корпоративная ответственность этих организаций — от общей корпоративной ответственности, что методологически ошибочно и может негативно сказаться на эффективности правового регулирования как спортивной, так и корпоративной ответственности.

Рассматривая проблемы спортивной ответственности в сфере борьбы с нарушениями антидопинговых правил, А.В. Чеботарев пришел к заключению, что спортивная ответственность (в частности, ответственность за нарушение антидопинговых правил) является юридической. Свою позицию автор аргументировал тем, что спортивная ответственность установлена на уровне закона, поскольку ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» от 04.12.2007 N 329-ФЗ, закрепляя понятие спортивной дисквалификации как спортивной санкции, тем самым наделяет спортивную санкцию юридической силой, придавая ей свойство государственной меры принуждения [Чеботарев А.В., 2019: 85].

Заключение

Анализ понятий спортивной ответственности позволяет отнести ее к самостоятельному виду юридической ответственности.

Спортивная ответственность представляет собой правовое отношение, возникшее из факта нарушения принятых в установленном законом порядке спортивных норм и правил физическим лицом (спортсменом) или физкультурно-спортивной организацией, признающей такие нормы. Содержанием данного правоотношения являются обязанность нарушившего спортивную норму субъекта физической культуры и спорта претерпеть неблагоприятные

последствия, предусмотренные санкцией спортивной нормы, и закрепленное в законе право общероссийской спортивной организации (федерации) применить к правонарушителю предусмотренные спортивными правилами меры принуждения.

Последние две характеристики присущи только спортивной ответственности, выделяют ее среди других видов юридической ответственности и свидетельствуют, что спортивное право — молодая отрасль права, предмет которой относительно недавно выделился из сферы не урегулированных правом общественных отношений, связанных с физкультурно-спортивной деятельностью.

Характерными чертами спортивной (спортивно-правовой) ответственности, отличающими ее от иных видов юридической ответственности, являются: особенности субъекта спортивной ответственности, заключающиеся в том, что привлечению к спортивной ответственности подлежит лицо, признающее спортивную норму; особенности мер принуждения, заключающиеся в том, что меры принуждения к правонарушителю устанавливаются и применяются негосударственной организацией (общероссийской спортивной федерацией) по прямому уполномочию государства, зафиксированному федеральным законом.

Указанные черты обуславливают основную специфику спортивной (спортивно-правовой) ответственности. Эта специфика состоит в том, что, будучи юридической ответственностью, спортивная ответственность несет в себе некоторые (остаточные) признаки ответственности общественной.



Библиография

- Абдулаев М.И. Теория государства и права. М.: Финансовый контроль, 2004. 410 с.
- Агузаров А.М. Особенности метода правового регулирования труда спортсменов и тренеров // Спорт: экономика, право, управление. 2012. N 3. С. 46–50.
- Алексеев С.В. Спортивное право. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2016. 927 с.
- Амиров И.М. Особенности юридической ответственности в сфере спорта: к постановке проблемы // Общество и право. 2010. N 4. С. 120–127.
- Амиров И.М. Правовое регулирование спортивно-технических отношений (вопросы теории и практики). Дис... к.ю.н. М., 2005. 220 с.
- Андреев А.В. Финансово-правовые санкции. Автореф. дис... к.ю.н. Саратов, 1984. 195 с.
- Баранов В.М. Теория юридической ответственности. Нижний Новгород: Нижегородский юридический институт МВД РФ, 1998. 58 с.
- Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). М.: Городец, 2001. 208 с.
- Булатов А.С. Юридическая ответственность (общетеоретические проблемы). Автореф. дис... к.ю.н. Л., 1985. 23 с.

- Бычкова А.В. К вопросу о проблеме построения корпоративных правоотношений юридических лиц в Российской Федерации на примере физкультурно-спортивных организаций // Юрист. 2014. N 18. С. 21–26.
- Венгеров А.Б. Теория государства и права. М.: Юриспруденция, 2000. 528 с.
- Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по российскому трудовому праву. М.: Проспект, 2008. 134 с.
- Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. М.: Проспект, 2005. 496 с.
- Духно Н.А. Юридическая ответственность как способ укрепления правопорядка // Российский следователь. 2012. N 19. С. 37–40.
- Зайцев Ю.В. Спортивная ответственность, спортивные правонарушения и спортивные санкции // Спортивное право. 2013. N 2. С. 15–20.
- Кейзеров Д.М. Материальная ответственность работников в условиях рыночной экономики современной России: проблемы теории и практики. Автореф. дисс... к.ю.н. Пермь, 2005. 21 с.
- Кислухин В.А. Виды юридической ответственности. Дис... к.ю.н. М., 2002. 194 с.
- Кочев В.А. Конституционно-правовая ответственность: опыт имплементации теоретико-правовых положений / Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (Пермь, 24–25 октября 2014 г.): избранные материалы / отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2015. 400 с.
- Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. М.: Наука, 1986. 448 с.
- Липинский Д.А. Концепции позитивной юридической ответственности в отечественной юриспруденции // Журнал российского права. 2014. N 6. С. 37–51.
- Лукьянов В.А. Ответственность: Философские и уголовно-правовые аспекты. Дис... к.ю.н. Екатеринбург, 1999. 166 с.
- Маргулис М.А. Нормотворчество корпоративных объединений в области спорта. Дис... к.ю.н. М., 2005. 197 с.
- Марченко М.Н., Лейст О.Э. и др. Общая теория государства и права Академический курс. Т. 3. М.: Норма, 2002. 518 с.
- Матузов Н.М. и др. Теория государства и права. М.: Юристъ, 1997. 672 с.
- Мерзликина Р.А., Бычкова А.В. Особенности юридической ответственности (деликтоспособности) физкультурно-спортивных организаций // Спорт: экономика, право, управление. 2014. N 1. С. 29–32.
- Носков С.А. Институт юридической ответственности. Дис... к.ю.н. Тольятти, 2007. 178 с.
- Опрышко А.Н. Исключение использования наркотических средств и допинга в международном спортивном движении // Международное право и международные организации. 2014. N 1. С. 64–79.
- Прокопец М.А. Спортивная ответственность и спортивные санкции / Материалы конференции «Спортивное право: перспективы развития». М.: Проспект, 2007. 184 с.
- Прокопович Г.А. Юридическая ответственность в российском праве (теоретический аспект). Дис... к.ю.н. М., 2003. 212 с.
- Родионова Е.В. Юридическая ответственность как разновидность социальной ответственности: современные проблемы. Дис... к.ю.н. М., 2007. 213 с.
- Сердюков А.В. Спортивное право как комплексная отрасль законодательства. М.: Юрлитинформ, 2011. 192 с.

- Смирнов О.В., Снигирева И.О. Трудовое право. М.: Проспект, 2007. 670 с.
- Снарская С.М. Современный толковый словарь русского языка. М.: Ридерс Дайджест, 2003. 960 с.
- Трофимова М.П. Функции юридической ответственности: о функциях и правоотношениях юридической ответственности. Дис... к.ю.н. Самара, 2000. 209 с.
- Халиков А.Н. Социальная и правовая ответственность человека // Lex Russica. 2015. N 8. С. 26–35.
- Чеботарев А.В. Юридическая ответственность за нарушение антидопинговых правил в России: проблемы и перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 3. С. 76–97.
- Шиткина И.С. (отв. ред.) Корпоративное право. М.: Кнорус, 2015. 500 с.
- Шиткина И.С. Имущественная ответственность в корпоративных правоотношениях (на примере хозяйственных обществ) // Предпринимательское право. 2015. N 2. С. 5–16.
- Юрлов С.А. Спортивные санкции, применяемые к субъектам физической культуры и спорта в России // Современное право. 2015. N 2. С. 60–63.
-

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

The Concept and Nature of Sports Responsibility



Marina Buyanova

Professor, Department of Legal Theory and Interdisciplinary Legal Studies, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: mobuyanova@yandex.ru



Abstract

The article explores the concept of sports responsibility and its legal nature. The polemic of the views of a number of scientists on the definition of the concept of legal liability is given. The author concludes that legal liability is a legal relationship arising from the fact of an offense between the offender, the victim and the state, in which the offender's duty to undergo the adverse legal consequences of their illegal actions corresponds, firstly, to the state's obligation to apply state coercive measures to it, and secondly, the right of the victim to demand that the state bring the offender to legal liability and redress. This approach to understanding legal responsibility should serve as a methodological basis for considering the concept of sports responsibility and allows a more focused study of its content. It is proved that sports responsibility is an independent type of legal responsibility, which is a legal relationship arising from the fact of violation of sports norms and rules adopted by the law by an individual (athlete) or sports organization recognizing such norms, and the content of which is the obligation of the subject of physical culture and sports who violated the sporting norm to undergo adverse consequences provided for by the sanction of sports standards, and enshrined in law the right of the All-Russian sport federation apply to the offender provided sport rules coercion. The characteristic features of sports (sports and legal) responsibility that distinguish it from other types of legal responsibility are: Features of the subject of sports responsibility, which consists in the fact that a person recognizing

the sports norm is subject to bringing to sports responsibility; features of the coercive measures applied, which consist in the fact that coercive measures against the offender are established and applied by a non-governmental organization (the All-Russian Sports Federation) with the direct authorization of the state, fixed by federal law. These features determine the main specificity of sports (sports and legal) responsibility. This specificity consists in the fact that, being a legal responsibility, sports responsibility carries some (residual) signs of public responsibility.



Keywords

sports, legal responsibility, athletes, coaches, sports responsibility, offense, sports norms, sports sanctions.

For citation: Buyanova M.O. (2021) The Concept and Nature of Sports Responsibility. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 161–176 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.161.176



References

- Abdulaev M.I. (2004) *Theory of state and law*. Moscow: Finance, 410 p. (in Russian)
- Aguzarov A.M. (2012) Features of legal regulation of labor of athletes and coaches. *Sport: ekonomika, pravo, upravlenie*, no 3, pp. 46–50 (in Russian)
- Alekseev S.V. (2016) *Sports law*. M., 2016. (in Russian)
- Amirov I.M. (2010) Features of liability in the field of sports. *Obchestvo i pravo*, no 4, pp. 120–127 (in Russian)
- Amirov I.M. (2005) Legal regulation of sports and technical relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 220 p. (in Russian)
- Andreev A.V. (1984) Financial and legal sanctions. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Saratov, 195 p. (in Russian)
- Baranov V.M. (1998) *Theory of liability*. Niznyi Novgorod: Internal, 58 p. (in Russian)
- Bratus' S.N. (2001) *Legal responsibility and legality*. Moscow: Gorodetz, 208 p. (in Russian)
- Bulatov A.S. Legal responsibility (theoretical issues). Candidate of Juridical. Sciences Summary. Leningrad, 1985. 23 p. (in Russian)
- Bychkova A.V. (2014) Corporate legal relations of legal entities in Russia: fitness and amateur sports bodies. *Jurist*, no 18, pp. 21 — 26 (in Russian)
- Chebotarev A.V. (2019) Liability for violation of anti-doping rules in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp.76–97 (in Russian)
- Dukhno N.A. (2012) Liability as a way to strengthen the rule of law. *Rossiiskiy sledovatel*, no 19, pp. 37–40 (in Russian)
- Gusov K.N., Poletaev Yu.N. (2008) *Liability in Russian labor law*. Moscow: Prospekt, 134 p. (in Russian)
- Gusov K.N., Tolkunova V.N. (2005) *Labor law of Russia*. Moscow: Prospekt, 496 p. (in Russian)
- Keizerov D.M. Material responsibility of workers in the market economy: issues of theory and practice. Candidate of Juridical Sciences Summary. Perm, 2005. 21 p. (in Russian)
- Kislukhin V.A. (2002) Types of legal responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 194 p. (in Russian)

- Khalikov A.N. (2015) Social and legal responsibility of a person. *Lex Russica*, no 8, pp. 26–35 (in Russian)
- Kochev V.A. (2015) Constitutional and legal responsibility: experience of implementation. Perm congress of lawyers: selected papers. V.G. Golubtsov, ed. Moscow: Statute, 400 p. (in Russian)
- Kudryavtsev V.N. (1986) *Law, deed, responsibility*. Moscow: Nauka, 448 p. (in Russian)
- Lipinsky D.A. (2014) The concept of positive legal responsibility in domestic jurisprudence. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 37–51 (in Russian)
- Lukyanov V.A. (1999) Responsibility: philosophical and criminal aspects. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Ekaterinburg, 160 p. (in Russian)
- Marchenko M.N., Leist O.E. et al. (2002) *Theory of state and law*. Moscow: Norma, 518 p. (in Russian)
- Margulis M.A. Rule-making of corporate sports associations. Candidate of Juridical Sciences Thesis. M., 2005. 197 p. (in Russian)
- Matuzov N.I., Malko A.V. (1997) *Theory of state and law*. Moscow: Jurist, 672 p. (in Russian)
- Merzlikina R.A., Bychkova A.V. (2014) Liability of fitness and amateur sports bodies. *Sport: ekonomika, pravo, upravlenie*, no 1, pp. 29–32 (in Russian)
- Modern explanatory dictionary of the Russian language (2003) C.M. Snarskaya, ed. Moscow: Readers Digest, 960 p. (in Russian)
- Noskov S.A. (2007) Institute of legal responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Togliatti, 178 p. (in Russian)
- Opryshko A.N. (2014) Elimination of the use of drugs and doping in the international sports movement. *Mezhdunarodnoye pravo i mezhdunarodnyye organizatsii*, no 1, pp. 64–79 (in Russian)
- Prokopets M.A. (2007) Sports: liability and sanctions. Papers of international conference. Moscow, 184 p. (in Russian)
- Prokopovich G.A. (2003) Legal responsibility in Russian law (theoretical aspect). Cand. Juridical Sciences Thesis. Moscow, 212 p. (in Russian)
- Rodionova E.V. (2007) Liability as a kind of social responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 213 p. (in Russian)
- Serdyukov A.V. (2011) *Sports law as a branch of legislation*. Moscow: Juritinform, 192 p. (in Russian)
- Shitkina I.S. (2015) Property liability in corporate legal relations (case of business entities). *Predprinimatel'skoye pravo*, no 2, pp. 5–16 (in Russian)
- Shitkina I.S. et al. (2015) *Corporate law*. Moscow: Knorus, 500 p. (in Russian)
- Smirnov O.V., Snigireva I.O. et al. (2007) *The Labor law*. Moscow: Prospekt, 670 p. (in Russian)
- Trofimova M.N. (2000) On the functions and legal relations of legal responsibility. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Samara, 209 p. (in Russian)
- Vengerov A.B. (2000) *Theory of state and law*. Moscow: Jurisprudentia, 528 p. (in Russian)
- Yurlov S.A. (2015) Sports sanctions against subjects of fitness and amateur sports in Russia. *Sovremennoye pravo*, no 2, pp. 60–63 (in Russian)
- Zaitsev Yu.V. (2013) Sports responsibility, sports offenses and sports sanctions. *Sportivnoe pravo*, no 2, pp. 15–20 (in Russian)

Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного права и злоупотребления им



М.В. Арзамасцев

Доцент, кафедра уголовного права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9. E-mail: m.arzamastsev@spbu.ru; maxim077@mail.ru



Аннотация

В статье исследуются вопросы причинения вреда лицом, которое действует на основании своего субъективного права. Данная проблема, относящаяся к числу конституционных основ уголовного права, носит межотраслевой характер. С учетом этого анализируются как теоретические положения, так и правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, практика Европейского Суда по правам человека и Верховного Суда Российской Федерации. Для разработки методологии уголовно-правовой оценки злоупотребления субъективным правом использован конституционный принцип пропорциональности, на примерах проверена его применимость. Показано значение осуществления права в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния. Вследствие свободного осуществления естественных прав его нельзя отождествлять с исполнением закона или обязанности. Раскрыта необходимость дифференциации первичного и производного права, определения действительного правообладателя. Проанализированы ситуации отказа от субъективного права и его делегирования. Также предложены критерии разграничения правомерного осуществления права и злоупотребления им, что служит уголовно-правовой гарантией правомочий личности. Обосновано, что признаками злоупотребления, которые могут быть учтены законодателем, являются причиняемый вред, способ осуществления права, а также цели и мотивы его реализации. Оценка же общественной опасности зависит от сопоставления этих признаков и определения степени их проявления в конкретном деянии. Автор приходит к выводам, что уголовная ответственность за злоупотребление лицом своим конституционным правом недопустима, если злоупотребление носит незначительный характер или влечет незначительные последствия. Злоупотребление правом необходимо отличать от самостоятельного деяния — самоуправства. Для оценки способов осуществления права ключевыми признаны два фактора — типичность или нетипичность выбранного варианта поведения для конкретного правомочия в конкретном историческом периоде, а также его связь с содержанием права. Проанализированы случаи маскировки, прикрытия субъективным правом совершения преступления. При оценке субъективных признаков необходимо также определять преобладание правомерных или противоправных намерений в поведении лица.



Ключевые слова

конституция, уголовное право, права человека, субъективные права, злоупотребление правами, гарантии прав человека, криминализация.

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

Для цитирования: Арзамасцев М.В. Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного права и злоупотребления им // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 177–203.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.177.203

Введение

Римская правовая максима *neminem laedit, qui suo jure utitur* (никого не обижает тот, кто пользуется своим правом), которая исключала признание деликтным действием осуществление своего права, даже приводящего к ущемлению чужих интересов, впоследствии дополнилась принципом *malitiis non est indulgendum* (злоупотребление непростительно), а в настоящее время получила закрепление в гражданском законодательстве. Так, не допускается злоупотребление правом, т.е. осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Также признается, что правомерные действия могут причинять вред (п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ).

В теории уголовного права традиционно, хотя и обычно кратко обсуждается общая проблема оценки причиняемого вреда при использовании субъективного права. Еще Н.С. Таганцев выделял основания и условия, при которых «должен быть признан уголовно безответственным и тот, кто причиняет вред благам другого лица при осуществлении собственного права», и привел пример признания Уголовным кассационным департаментом Правительствующего Сената не указанного в законе права каждого [потерпевшего] на производство обыска у заподозренного лица [Таганцев Н.С., 2001: 415–416], очевидно затрагивающего честь, достоинство и личную неприкосновенность последнего.

Историческая преемственность продолжается в настоящее время Конституционным Судом Российской Федерации, который приходит к выводу,

что правомерное использование (осуществление, реализация)¹ своих прав не должно влечь для гражданина неблагоприятные правовые последствия, в частности, в форме уголовной или административной ответственности². Тем самым Суд распространяет правовые последствия использования права на сферу публично-правовой ответственности, признавая его обстоятельством, исключающим наказуемость деяния, а также обозначая в качестве его обязательного признака (условия) правомерность.

В тексте ч. 1 ст. 14 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) признаком преступления названа не любая, а именно уголовная противоправность деяния. Обычно не должно быть противоречий между общей противоправностью деяния и специальной — уголовно-правовой — ее составляющей. Однако развернутый анализ возможных уголовно-правовых последствий для поведения, формально или содержательно правомерного в отдельных отраслях права, в отечественной литературе почти не дается.

В отличие от этого немецкое уголовное право, не заостряя внимание на свойстве общественной опасности деяния, включает в учение о противоправности преступления проверку обстоятельств, исключающих его соответствие общему правопорядку. При этом признается, что разрешительные нормы гражданско- или публично-правового характера исключают противоправность деяния, соответствующего составу [Жалинский А.Э., 2004: 177–180].

В данной статье предлагается методология уголовно-правовой оценки деяний, связанных с осуществлением лицом своего субъективного права, но подпадающих под объем уголовно-правовых запретов, что позволяет разграничить правомерное поведение и злоупотребление правом.

1. Осуществление субъективного права в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния

1.1. Осуществление права как предмет уголовно-правовой оценки

Необходимость в уголовно-правовой оценке возникает не в связи с фактом наличия или отсутствия субъективного права (обычно входящего в конституционную, гражданскую или иную правосубъектность), а с его осуществлением, выбором для этого тех способов и форм, которые затрагивают интересы иных лиц, общества или государства. Именно эти объективные об-

¹ В рамках настоящей статьи указанные термины будут использоваться как синонимы.

² Постановление КС РФ от 20.12.1995 № 17-П // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 544; Постановление КС РФ от 18.05.2012 № 12-П // СЗ РФ. 2012. № 22. Ст. 2291; Постановление КС РФ от 14.11.2019 № 35-П // СЗ РФ. 2019. № 47. Ст. 6737.

стоятельства переводят проблему в уголовно-правовую плоскость, и именно они и должны составлять основное содержание предмета такого анализа. При этом вредоносным может быть не само субъективное право, а способ его реализации. Даже необходимая оборона вытекает из естественного права безопасности, осуществляемого не только путем причинения вреда нападающему, но и установкой безвредных защитных устройств, и иными способами.

Не могут считаться вредом и некоторые неизбежные издержки осуществления права. Например, в отношении закрепляемого ст. 31 Конституции Российской Федерации права граждан проводить публичные мероприятия Конституционный Суд Российской Федерации указал, что их проведение, как правило, сопряжено с известными неудобствами для не участвующих в нем граждан (ограничение пешеходного движения, создание помех работе транспорта, затруднение доступа к объектам социальной инфраструктуры и др.), которые, являясь неизбежными издержками свободы мирных собраний, сами по себе не могут расцениваться как порождающие реальную угрозу причинения вреда конституционно охраняемым ценностям³. Однако угрозу причинения такого вреда могут создавать конкретные действия, в качестве ориентировочных признаков которых Суд указал провокационные призывы к нарушению действующего законодательства, агрессивное неприятие законных требований уполномоченных должностных лиц, использование масок либо иных средств, специально предназначенных для сокрытия лица или затруднения установления личности⁴.

Кроме того, существуют специфические уголовно-правовые субъективные права, предполагающих материально-правовые гарантии личности в ее уже возникшем или предполагаемом в будущем споре с государством, однако их детальное рассмотрение выходит за рамки настоящей статьи.

Можно только контурно обозначить, что именно в силу их наличия отсутствует самостоятельная уголовная ответственность за последующее за хищением распоряжение изъятым имуществом, совершаемое при отсутствии признаков его легализации, что не отменяет необходимости оценки такого поведения в других отраслях права. Например, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что с точки зрения гражданско-правовых последствий виновный в угоне *ipso facto* принимает на себя ответственность за последующую судьбу данного имущества⁵.

При этом сам по себе вред еще не предопределяет уголовно-правовую оценку деяния, потому что он может быть, как принято считать, преступ-

³ Постановление КС РФ от 01.11.2019 № 33-П // СЗ РФ. 2019. № 45. Ст. 6407.

⁴ Определение КС РФ от 27.01.2020 № 7-О // СЗ РФ. 2020. № 5. Ст. 584.

⁵ Постановление КС РФ от 07.04.2015 № 7-П // СЗ РФ. 2015. № 16. Ст. 2460.

ным и непроступным, включая в объем последнего общественно опасный и социально полезный или допустимый, правомерный вред [Шкабин Г.С., 2016: 64]. Вопрос о социальной пользе вреда (что само по себе звучит как оксюморон), безусловно, является неоднозначным, но здесь существеннее, какие обстоятельства оправдывают его причинение, в том числе при осуществлении субъективного права.

Поскольку «закон уголовный устанавливает пределы карательной власти судьи по отношению к отдельным преступным деяниям» и, в конечном счете, «определяет объем и условия осуществления правоохраны» [Таганцев Н.С., 2001: 132], то необходимо определить водораздел между правомерным и запрещенным причинением вреда вследствие использования лицом своих правомочий. Решение данной задачи и ограничивает законодателя от вмешательства в субъективную сферу личности, и предупреждает выход гражданами за пределы своего субъективного права. Смещение этой границы очень чувствительно, поскольку означает либо уменьшение объема прав личности, либо снижение уголовно-правовой охраны тех или иных объектов. В правовом государстве эти пределы законодательной и судебской дискреции определяются в первую очередь на конституционном уровне.

Задача уголовно-правового регулирования — обеспечить право человека и гражданина на свободу и неприкосновенность от необоснованного применения мер уголовно-правового воздействия [Кропачев Н.М., 1999: 156] — не выполняется не только при возложении уголовной ответственности без основания (т.е. при отсутствии в деянии признаков состава преступления), но и в случае признания преступным осуществления права, реализуемого без очевидного злоупотребления.

В конституционном праве Германии используется категория «субъективные публичные права», которые представляют собой предоставленное индивиду на основании публичного права правомочие в целях реализации своих интересов требовать у государства определенного действия, дозволения или бездействия. В такой системе, хотя она применяется преимущественно для оценки административных исков, основные права являются правами «в высшей степени» [Хельге З., 2019: 34].

Личность в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами и спорить с государством в лице любых его органов⁶, в том числе по вопросам о пределах уголовно-правовых запретов, которые не могут произвольно ограничивать права граждан. Это вытекает из конституционной обязанности государства защищать права и свободы человека и гражданина (ст. 2

⁶ Постановление КС РФ от 03.05.1995 № 4-П // СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

Конституции Российской Федерации), причем не только от преступлений, но и от избыточных запретов.

В этой части, по оценке Конституционного Суда Российской Федерации, чрезмерная борьба законодателя против злоупотребления правом может приобретать характер санкции за использование своих прав и тем самым понуждать к отказу от них⁷. Данный Суд поддержал и доктрину «охлаждающего (сдерживающего) эффекта» (chilling effect), применяемую, в том числе ЕСПЧ, которая предполагает недопустимость введения ограничений или ответственности, если это может уменьшить стремление пользоваться тем или иным правом⁸. Соответственно, следует поддержать исследования именно проблемы уголовно-правовых гарантий тех или иных прав, а также отнесение к ним таких императивных норм, которые, действуя в режиме законности, обеспечивают непривлечение лица к уголовной ответственности, освобождение от нее или наказания, либо невозможность назначения определенных наказаний или иных мер [Егорова Н.А., 2016: 185].

Четкое определение границы, с которой начинается уголовно-правовая охрана, от злоупотребления субъективным правом во всяком случае является гарантией свободного осуществления этого права, поскольку она предполагает отсутствие ответственности за правомерное осуществление своего права. Тем самым уголовный закон реализует положения ст. 2 Конституции, не только охраняя граждан от преступных посягательств, но и предотвращая излишнюю криминализацию (овер-криминализацию [Persak N., 2018: 20–39]) сферы реализации их прав и свобод.

Из сказанного вытекает еще одно методологическое уточнение. Обычно считается, что злоупотребление не нарушает запрета правовой нормы (т.е. не является правонарушением), а выходит за пределы осуществления права, причиняет вред другим участникам общественных отношений, является социально вредным и общественно порицаемым [Мамедова А.Т., 2014: 140–146]. Как показывает В.И. Крусс, злоупотребления правом — это конституционные правонарушения за рамками легальных конкретизаций запрещенного и предписанного, формальная «неуязвимость» которых для мер юридической ответственности не освобождает государство от борьбы с ними, но требует конституционного противодействия любым формам (способам) соответствующих деяний [Крусс В.И., 2017: 17]. Однако для уголовно-правового анализа такой подход неприемлем, поскольку незапрещенное законодателем злоупотребление является непроступным, а потому — ненаказуемым, т.е. остается уголовно-правомерным осуществлением права.

⁷ Постановление КС РФ от 13.06.1996 № 14-П // СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185.

⁸ Определение КС РФ от 5.12.2019 № 3272-О // Вестник КС РФ. 2020. № 1.

Наверное, можно было бы предложить модель, когда не являющиеся преступлениями злоупотребления правом влекут применение не мер ответственности, а иных средств уголовно-правового воздействия. Между тем, такой подход не только подрывает в корне определенность уголовного закона, но и частично противоречит ст. 8 УК РФ.

В теоретическом плане более перспективно предложенное А.А. Малиновским понимание вредоносности осуществления права как универсального признака злоупотребления им. Однако разработанная этим ученым классификация, предполагающая необходимость различения правомерного злоупотребления правом, противоправных злоупотреблений правом, не являющихся правонарушениями, и противоправных злоупотреблений правом, признаваемых правонарушениями [Малиновский А.А., 2010: 196, 204, 299, 302], в уголовно-правовом дискурсе трансформируется в два вида — правомерное причинение вреда правоохраняемым объектам вследствие осуществления своего субъективного права и запрещенное нормами уголовного закона деяние, хотя и осуществляемое управомоченным субъектом. Иными словами, до определенной законодателем границы вредоносное осуществление субъективного права правомерно, а после ее пересечения — преступно. Соответственно, в рамках данной статьи первая форма поведения обозначается (если не оговорено иное) как собственно осуществление права, а вторая — как злоупотребление им.

1.2. Соотношение осуществления права и исполнения закона или обязанности

Сегодня правоприменительная практика уже признает исполнение закона или исполнение обязанности обстоятельством, исключающим преступность деяния⁹, что ранее предлагалось в уголовно-правовой доктрине [Тер-Акопов А.А., 2003: 157–158]. Однако причинение вреда в случае выхода за нормативно конкретизированные рамки не может рассматриваться как продолжение осуществления права.

Если содержание субъективного права задано законом, то «вне допустимого содержания никакого права нет» [Шайо А., 2008: 163]. Также понятие «законный способ осуществления права» допускает любой вариант действий, не противоречащий закону, однако императивные предписания предоставляют управомоченному лицу единственно возможный вариант поведения: оно может вообще отказаться от осуществления права либо осу-

⁹ П. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 27.09.2012 № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» // Бюллетень ВС РФ. 2012. № 11.

шествовать его нормативно конкретизированным способом; другой свободы выбора у него нет [Малиновский А.А., 2007: 52]. Соответственно, причинение вреда за очерченными законодателем пределами является иной формой поведения — невыполнением обязанности граждан соблюдать законы, предписанной в ч. 2 ст. 15 Конституции Российской Федерации.

Так, О.С. Курченко на примере социально-обеспечительных прав показывает, что несообщение гражданином сведений о наличии или наступлении обстоятельств, исключающих право на получение пенсии, влекущих прекращение выплаты пенсий или уменьшение ее размера, является не злоупотреблением правом, а неисполнением субъективной юридической обязанности информировать орган социального обеспечения о таких обстоятельствах [Курченко О.С., 2016: 161–162]. На практике квалификация мошенничества при получении выплат (ст. 159² УК РФ) связана с установлением обмана о наличии обстоятельств, наступление которых согласно закону или иному нормативному правовому акту является условием для получения соответствующих выплат, либо умолчания о прекращении таких оснований¹⁰.

Также Конституционный Суд Российской Федерации указал на недопустимость ответственности лица за совершение им действий, правомерных и обязательных в силу императивных публично-правовых норм¹¹, или разрешенных законом, регулирующим соответствующую сферу отношений, т.е. законных по своему существу¹².

Если исполнение закона прямо разрешает или обязывает при наступлении определенных условий действовать, то субъективное право осуществляется свободно. Следовательно, соблюдение требований закона, его исполнение должно считаться самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность деяния, и не равнозначно осуществлению права.

Кроме того, в литературе предлагается общее правило неприменения уголовно-правовых норм при отсутствии необходимых регулятивных норм (актов) [Денисова А.В., 2018: 286]. Однако оно не в полной мере учитывает различия естественных и октроированных прав. Поскольку для последних необходимым условием реализации является тщательное нормативно-правовое регулирование [Пресняков М.В., 2014: 21], то его отсутствие действительно порождает неопределенность уголовно-правовой нормы. Для личной свободы или других естественных прав установленный законом порядок не выступает основанием их осуществления. Отдельные вопросы, такие как

¹⁰ П. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 2.

¹¹ Постановление КС РФ от 12.10.1998 № 24-П // СЗ РФ. 1998. № 42. Ст. 5211.

¹² Постановление КС РФ от 27.05.2008 № 8-П // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.

определение тайны частной жизни, и вовсе составляют исключительно сферу полномочий личности.

Таким образом, правомерное осуществление субъективного права не равнозначно исполнению закона или обязанности и должно считаться самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность (общественную опасность и уголовную противоправность) деяния. Поскольку законными вариантами поведения управомоченного лица могут считаться любые из них, не запрещенные государством, а уголовный запрет базируется на оценке общественной опасности деяния, то одного лишь факта наличия субъективного права еще недостаточно для признания причиненного вреда правомерным.

Отсутствие в уголовном законе специальной нормы об оценке осуществления права как обстоятельства, исключающего преступность деяния, может быть объяснено тем, что сами права, а также общие принципы их осуществления не регламентируются уголовным правом. Фактически это вопрос взаимосвязи уголовного права с другими отраслями права, который в силу отсутствия между ними приоритета (по оценке А.В. Денисовой, между ними возникают координационные связи, характеризующиеся горизонтальным соотношением, а не подчинением [Денисова А.В., 2018: 288]), может быть разрешен лишь на более высоком — межотраслевом или конституционном — уровне.

1.3. Свободное осуществление естественных прав

Конечно, уголовное право уже разработало критерии правомерности для вынужденного причинения вреда правам других участников общественных отношений, в том числе лицом, реализующим свои права в рамках необходимой обороны, крайней необходимости и при других обстоятельствах, исключающих преступность деяний. Однако за рамками уголовно-правового регулирования таких обстоятельств остается иная проблема, когда лицо действует свободно как в вопросе определения права, выбираемого лицом для реализации, так и по способам его осуществления.

Трудность конкретизации условий (критериев) правомерности осуществления субъективного права наглядно проявляется по отношению к естественным правам, которые законодатель может ограничивать, но не способен создавать. Эти права признаются основой построения всего уголовного законодательства [Кропачев Н.М., 1999: 174–175] и одновременно лимитируют его, а потому на уровне позитивного права государство должно стремиться к минимальному их ограничению.

Специфика многих конституционных прав предполагает известную неопределенность как по порядку их использования, так и по кругу признава-

емых прав. Недаром появляются все новые поколения прав человека, предпосылка к чему вытекает из признания в ч. 1 ст. 55 Конституции Российской Федерации значения не перечисленных в ней прав и свобод. Кроме того, не препятствует развитию наполнения прав и их конституционное оформление, поскольку «никакая норма конституции, устанавливающая право, не перечисляет всех возможностей, составляющих содержание этого права, исчерпывающим образом» [Троицкая А., 2015: 49]. Так, права в Интернете могут рассматриваться самостоятельно или считаться продолжением свободы мысли и слова, права искать, получать и распространять информацию. Репродуктивные и генетические права «прорастают» из прав на жизнь и охрану здоровья. То есть и эти, формально новые права существуют независимо от государственного признания и представляют собой естественные права, подлежащие обязательному учету при определении пределов уголовно-правового воздействия на общественные отношения.

На стыке разных прав возникают дополнительные коллизии, например, указанная в литературе проблема «недопущения вовлечения в открытое информационное пространство данных о генетических признаках человека» [Романовская О.В., Рыжова А.А., 2019: 95]. Если существует уголовно-правовая охрана тайны усыновления, сегодня раскрываемая генетическим исследованием, то и информация о генетических признаках должна быть включена в защищаемую тайну частной жизни.

Развитие общества приводит к усложнению системы субъективных прав. Другими словами, чем в большем количестве общественных отношений участвует человек, тем больше объем его субъективных прав, что не зависит от воли или решений законодателя.

Поэтому чаще всего невозможно определить все правомерные формы осуществления субъективного права. Именно вследствие свободной реализации субъективного права допустима ответственность за злоупотребление им, однако необходима дальнейшая конкретизация критериев оценки таких деяний, поскольку сама по себе вредоносность еще не превращает их в преступление.

2. Уголовно-правовые признаки злоупотребления правом

2.1. Закрепление злоупотребления правом в уголовном законе

Действующие уголовно-правовые запреты (ст. 185, 200⁴, 201, 201¹, 202, 285, 285⁴ УК РФ) не охватывают всех разновидностей злоупотреблений. Кроме того, в этих нормах акцент делается на злоупотреблении полномочиями, что не равнозначно злоупотреблению собственно субъективными правами.

В литературе предложены различные группы признаков, характеризующих злоупотребление субъективным правом. Например, использование права не по его прямому назначению, а также наступление вреда [Кожевников В.В., Денисенко Е.М., Лавров Ю.Б., 2018: 5–9]. В силу свободы осуществления права скорее нужно согласиться с наличием не абсолютных, а относительных критериев констатации злоупотребления правом, которыми могут быть: нанесение вреда (ущерба); нерациональное применение права (отклонение от стандартных случаев его реализации); отсутствие равновесия между преимуществом от применения прав и причиненным вредом; нерациональное доверие фактам, порождающее основание пользования правом [Шайо А., 2008: 167].

Общетеоретическая концепция, разработанная А.А. Малиновским, характеризует злоупотребление, являющееся правонарушением, следующими признаками: 1) субъект нарушает предписания действующего законодательства; 2) реализацией субъективного права в противоречии с его назначением причиняется вред охраняемым отношениям; 3) имеется причинная связь между деянием и последствиями; 4) к субъекту можно применить меры правового воздействия [Малиновский А.А., 2010: 302–303]. Вместе с тем, использование этих или указанных другими авторами характеристик злоупотребления в качестве признаков составов преступлений требует отдельного обсуждения.

Устанавливая ответственность за преступления, законодатель может указать на различные обстоятельства, свидетельствующие о достижении деянием достаточного для криминализации уровня общественной опасности. Применительно к злоупотреблению правом это могут быть как объективные характеристики (способ осуществления права, причиняемый вред), так и субъективные — мотив, цель.

Поскольку «реальное злоупотребление, ведущее к ответственности, определяется *ex post*» [Шайо А., 2008: 167], в законе почти невозможно учесть все виды прав, использование которых может влиять на охраняемые права других лиц. Соответственно, чаще всего в законодательном описании признаков преступлений отражаются охраняемые объекты (в том числе права потерпевшего), а не формы злоупотребления вторым участником общественных отношений своими субъективными правами, которые могут приобретать — вследствие его свободных действий — разнообразные черты. К примеру, ст. 138 УК РФ устанавливает ответственность за нарушение тайны переписки и смежных конституционных прав без конкретизации способа. Хотя ч. 1 ст. 272 УК РФ устанавливает ответственность за неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, однако признаки неправомерных действий почти не раскрыты, акцент смещен на последствия — уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование компьютерной информации.

При выборе иного варианта — закрепления в уголовном законе описания противоправных видов деяний — может возникать обратная ситуация, ког-

да способ осуществления субъективных прав формально запрещен, а вред охраняемым объектом вынесен за рамки конструкции состава преступления. Так, свобода поиска информации учтена в ст. 183 УК РФ. Хотя можно утверждать о нарастающей в современном мире угрозе экономического и промышленного шпионажа, но уголовная ответственность установлена лишь за сбор сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, незаконным способом. Это означает, что все иные способы, прямо не запрещенные ни в уголовном законе, ни в нормах других отраслей, могут считаться разрешенными.

Третий вариант может связывать уголовную наказуемость деяния с мотивами и целями управомоченного субъекта. Так, ст. 155 УК РФ устанавливает ответственность за разглашение тайны усыновления (удочерения) не только лица, действующего вопреки своей обязанности хранить этот факт как служебную или профессиональную тайну, но и любого лица, в том числе осуществляющего свои права на свободное распространение информации из корыстных или иных низменных побуждений.

Конечно, возможна и комбинация этих признаков. В конкретном случае оценка правомерности использования права зависит от выбранного способа его реализации и последствий, в том числе затронутого права другого лица и степени воздействия на это право, а также субъективных признаков (целей и мотивов). Причем даже в тех случаях, когда они не включены законодателем в диспозицию статьи, они влияют на оценку степени общественной опасности деяния, а потому подлежат учету судом в конкретных случаях.

2.2. Определение правомочий и оценка самопричинения вреда

Первый этап анализа должен включать установление наличия у лица правомочий. Его заблуждение об объеме своего права следует оценивать исходя из общего учения о фактической ошибке.

Также важно различать первичные и производные права. Например, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что право на приобретение, хранение и ношение оружия не относится к числу конституционно закрепленных, но является производным от прав, гарантируемых ст. 19, 21, 34 и 35 Конституции. В свою очередь, право на хранение боеприпасов к определенному виду оружия рассматривается как составная часть (продолжение) права на владение и пользование данным видом оружия¹³. В качестве общего правила можно сформулировать, что оценка использования части правомочий или производного права должно рассматриваться через призму основного или первичного права.

¹³ Определение КС РФ от 07.07.2016 № 1426-О // Вестник КС РФ. 2017. № 2.

В целом даже социально не одобряемые формы использования субъективного права, если они не затрагивают права других лиц или публичные интересы, не должны, как правило, влечь уголовную ответственность.

Ранее к уголовно-правовым случаям осуществления субъективного права были отнесены уничтожение собственного имущества, самоуничтожение или повреждение своего здоровья [Гер-Акопов А.А., 2003: 157]. Но точнее здесь говорить как об отсутствии выхода за пределы своего права, так и об отсутствии объекта уголовно-правовой охраны, поскольку уголовное право в основном не предназначено для защиты интересов человека от самого себя.

Исключение здесь составляют случаи, когда подобное осуществление права дополнительно нарушает какие-либо юридические обязанности. Наиболее типична в этом смысле наказуемость по ст. 339 УК РФ уклонения военнослужащего от исполнения обязанностей военной службы путем причинения себе какого-либо повреждения (членовредительство). За отдельные формы самоповреждения установлена административная, а не уголовная ответственность. Например, потребление наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача либо новых потенциально опасных психоактивных веществ наказывается по ст. 6.9 КоАП РФ.

Также важно правильное понимание носителя первоначального субъективного права или его действительного правообладателя. Следует иметь в виду, что осуществление неотчуждаемых личных прав в некоторых случаях может осуществляться опосредованно, без «расщепления» или перехода этих прав [Ульбашев А.Х., 2018: 100–104].

Например, Семейный кодекс РФ устанавливает в качестве общего принципа распоряжение гражданами семейными правами по своему усмотрению, но не допускает их охраны при осуществлении вопреки их назначению (ст. 7), конкретизируя, что родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей (ст. 64). Соответственно, критерием выявления злоупотребления родительскими правами является интерес несовершеннолетнего, что позволяет оценить способы его воспитания, разграничить похищение собственного ребенка и самоуправство.

Тем самым причинение вреда самому себе оценивается с учетом действительного носителя правомочий и чаще всего не предполагает уголовную наказуемость, если при этом не нарушены запреты, обязанности или не затронуты интересы третьих лиц, общества или государства.

2.3. Оценка «столкновения» субъективных прав

Взаимодействие прав носит коллизионный характер, но предполагает не противоречие правовых норм, а «столкновение» приобретаемых на их ос-

нове субъективных прав участников соответствующих отношений при непротиворечивости самих норм [Пресняков М.В., 2016: 18].

В отечественном уголовном праве оценка причинения вреда обычно связывается с сопоставлением прав (или охраняемых объектов) по принципу приоритета. Так, Н.С. Таганцев по-разному оценивал права личные и имущественные, исходя из того, что «одно право первенствует перед другим». Вследствие этого им было сформулировано правило: нарушение чужого имущественного права при осуществлении собственного ненаказуемо. Это правило, однако, не могло в полной мере применяться к «самоуправному» нарушению личных прав [Таганцев Н.С., 2001: 415–416]. С уголовно-правовой точки зрения нельзя абсолютизировать ни одно из субъективных прав. Необходимо также учитывать конституционные положения.

Федеральным Конституционным Судом Германии (далее — ФКС Германии) выработана теория «горизонтального действия прав человека» [Нуссбергер А., 2014: 4], хотя и вызывающая дискуссию «о правомерности естественного права перед лицом позитивного» [Бергер А.Ю., 2014: 112–113]. В целом в конституционном праве чаще используется принцип пропорциональности, имеющий, как ни странно, в качестве исторической предпосылки уголовно-правовое требование «око за око», характерное для большинства древнейших памятников права.

Два современных варианта оценки пропорциональности — метод балансирования (Р. Алекси) и метод категоризации (Р. Дворкин) — проанализированы детально Г. Вайпаном. Первый метод предполагает поиск баланса между сталкивающимися интересами в свете их сравнительной социальной важности в каждом случае. Второй видит роль принципа пропорциональности в категоризации или «сортировке» интересов на имеющие статус прав и не имеющие такого статуса, с тем чтобы первые имели особую нормативную значимость и приоритет над последними. Метод категоризации основывается на предположении, что согласование конкурирующих интересов происходит путем определения пределов соответствующих прав [Вайпан Г., 2015: 37–54].

Метод балансирования Р. Алекси включает также оценку степени нарушения конституционного права (принципа) по шкале «незначительное» — «умеренное» — «серьезное» [Алекси Р., 2006: 113–118]. Данная шкала может быть использована как при оценке степени злоупотребления правом, так и при оценке степени нарушения права другого лица.

Например, анализ Постановления Конституционного Суда по делу И. Дадина¹⁴ показывает, что в нем выделены три уровня ограничений законодательной дискреции в установлении ответственности за последствия злоупотребления правом на свободу собраний: если деяние не повлекло причинение или

¹⁴ Постановление КС РФ от 10.02.2017 № 2-П // СЗ РФ. 2017. № 9. Ст. 1422.

реальную угрозу причинения вреда конституционно охраняемым ценностям, оно не может быть запрещено уголовным законом (незначительное нарушение). В случае причинения незначительного вреда законодатель вправе признать такое деяние преступлением (умеренное нарушение), но установить за него санкцию в виде лишения свободы можно лишь при причинении (угрозе причинения) существенного вреда (серьезное нарушение).

Из этого можно предложить правило, что уголовная ответственность за злоупотребление лицом своим конституционным правом недопустима, если само злоупотребление носит незначительный характер или влечет незначительные последствия (в связи с объектом уголовно-правовой охраны или незначительной степени нарушения права другого лица). Дифференциация публично-правовой ответственности за умеренные и серьезные отступления от правомерного использования конституционного права должна осуществляться с учетом соответствующей степени нарушения прав других лиц, общества или государства.

Можно сделать и частный вывод. Поскольку до причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам управомоченное лицо еще не выходит за пределы субъективного права, чаще всего невозможно и оценивать его поведение как покушение на преступление или — тем более — приготовление к нему.

В целом необходимо дальнейшее осмысление того, оправдано ли запрещение конкретной формы поведения той или иной конституционно значимой целью, может ли вред определенному объекту свидетельствовать о злоупотреблении правом. Здесь перспективно сочетание методов балансирования и категоризации, с выделением не только определенного приоритета объектов уголовно-правовой охраны (как это сделано законодателем в структуре Особенной части УК РФ), но и с сопоставлением их с используемыми лицом правами, а также оценкой степени существенности последствий злоупотребления.

2.4. Оценка способа осуществления права

В общественных отношениях важное значение имеет способ, который, по оценке А.А. Малиновского представляет собой форму существования самого субъективного права и может быть с точки зрения общества одобряемым, приемлемым, осуждаемым, вредным и недопустимым [Малиновский А.А., 2007: 49, 50]. Однако как разграничить эти способы? При этом для уголовного права задача упрощается тем, что достаточно разделить способы на две группы — являющиеся признаком правомерного осуществления субъективного права и свидетельствующие о злоупотреблении им.

Очевидно, что субъективное право осуществляется в действительности как способами, прямо определенными законом, так и в иных формах, оставшихся без нормативного регулирования. Конечно, когда установлены прямые ограничения, такая оценка не вызывает затруднений. Однако сами по себе не запрещенные варианты осуществления права не могут влечь уголовную ответственность.

С другой стороны, закрепленный порядок использования права создает ограничение, выход за которое, как правило, свидетельствует об общей противоправности деяния и не позволяет говорить об осуществлении права. Так, несоблюдение нормативно предписанного способа действий управомоченного субъекта является составообразующим признаком самоуправства (ст. 330 УК РФ). Смысл, приданный этой норме разъяснениями Верховного Суда Российской Федерации¹⁵, исключает ее применение за действия, совершенные при наличии лишь предполагаемого права (т.е. при отсутствии действительного субъективного права), но в рамках формального порядка.

Классификация способов осуществления права включает в себя правомочия на собственные действия, правомочия требования, правомочия на защиту права [Малиновский А.А., 2007: 54]. Злоупотребление возможно при реализации любого из них. Например, на основе положений ч. 3 ст. 17 и ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации было признано недопустимой формой реализации права на защиту поведение участника уголовного судопроизводства, выразившееся в совершении действий, которые связаны с унижением чести и достоинства другого лица и выражены в неприличной форме¹⁶.

Вместе с тем, если обвиняемый в ходе следственных или судебных действий разгласит сведения о частной жизни другого лица, такое поведение не может влечь уголовную ответственность по ст. 137 УК РФ. Во-первых, угроза распространения такой информации может быть предотвращена за счет использования уголовно-процессуальных механизмов (на этапе предварительного расследования содержание таких сведений защищено тайной следствия, а для судебных стадий предусмотрена возможность проведения закрытого судебного заседания). Во-вторых, требование достоверности, предъявляемое ко всем доказательствам, включая показания обвиняемого,

¹⁵ П. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 17.12.2015 № 56 «О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // Бюллетень ВС РФ. 2016. № 2; п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 (ред. от 16.05.2017) «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Бюллетень ВС РФ. 2003. № 2; п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 года № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 2.

¹⁶ Определение КС РФ от 19.12.2017 № 2870-О // СПС КонсультантПлюс.

видимо позволяет ему выйти за рамки определяемой иным лицом сферы частной жизни. При этом предусмотренные уголовно-процессуальным законом формы сообщения информации не могут уже по этому основанию считаться незаконными. Однако такое понимание правомерной реализации субъективного права на защиту от обвинения действует только до тех пор, пока эти сведения относятся к существу инкриминируемого деяния. Распространение иных интимных сведений, пусть даже под видом реализации процессуальных прав, может квалифицироваться как преступление, предусмотренное ст. 137 УК РФ.

В отдельных случаях защита от обвинения может перерасти в «нападение» на другое лицо, обвиняемый может не просто опровергать доводы следствия или прокурора, но и сообщать информацию о деяниях иных лиц, тем самым снижая свою роль в совершенном преступлении. Математически эту роль очень легко представить как дробь (доля действий одного лица в общем весе преступления). Тогда защита от обвинения представляет собой либо уменьшение числителя (опровержение участия в конкретных деяниях, которые инкриминируются обвинением), либо увеличение знаменателя (в том числе за счет переноса в него части числителя — при сообщении о совершении этих действий другими субъектами).

В оценке запрета заведомо ложного доноса Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что обвиняемый вправе в целях своей защиты либо хранить молчание, либо давать показания таким образом, чтобы с очевидностью не нарушать прав других лиц, не прибегать к запрещенным законом способам защиты¹⁷. Данное решение следует признать обоснованным, поскольку заведомо ложное заявление в отношении другого лица подавалось, во-первых, уже осужденным, т.е. на стадии исполнения приговора, во-вторых, им сообщались сведения не о том преступлении, признаки которого были установлены приговором (совершение убийства), а о другом, хотя и взаимосвязанном, деянии (организация убийства). Возвращаясь к математической модели, видно, что содержащее недостоверные сведения обращение лица в описанной ситуации не меняло объема обвинения, потому не могло считаться допустимым способом защиты, поскольку не образовывало ее содержания.

Таким образом, необходимо сопоставление выбранного способа с сущностью конкретного права. По справедливой оценке А.А. Малиновского, назначение субъективного права указывает на потребность личности, а способ его осуществления дает возможность реально удовлетворить эту потребность посредством реализации полномочий, заключенных в содержании данного права [Малиновский А.А., 2007: 49]. То есть если избранный субъек-

¹⁷ Определение КС РФ от 4.04.2013 № 661-О // Вестник КС РФ. 2013. № 6.

ектом способ не имеет своим основным содержанием реализацию субъективного права, его нельзя оценить как приемлемый.

В данном случае ключевыми являются два фактора — типичность или нетипичность выбранного способа для конкретного правомочия в конкретно-историческом периоде, а также связь с содержанием права.

Так, меняются способы и формы религиозных обрядов, хотя они и имеют многовековую историю. Законопроектами № 618115-5 и 161207-6, правда, снятыми с рассмотрения, предполагалось установить особый порядок проведения жертвоприношений, в том числе ограничив их места¹⁸. Отмечая внешнюю схожесть традиционных религиозных жертвоприношений с жестоким обращением с животными, А.В. Сумачев обсуждает дилемму: либо признать это преступлением, квалифицируемым по ст. 245 УК РФ, либо ввести в примечание к этой статье норму-исключение для народных обычаев [Сумачев А.В., 2016: 11]. Законодателем установлен запрет организации и проведения зрелищных мероприятий, влекущих за собой нанесение травм и увечий животным, умерщвление животных¹⁹. Публичное жертвоприношение, как минимум, приближается к признакам такого мероприятия, т.е. формально запрещено. С другой стороны, в некоторых традиционных религиях оно сохраняется как часть ритуала.

На общеевропейском уровне убой животных в соответствии с религиозными ритуалами не запрещен, определены лишь небольшие ограничения такой процедуры, а также возможность государствам отступать от введения обязательного требования предварительного оглушения ритуальных жертв²⁰. Вместе с тем рекомендовано в таком случае осуществлять убой на скотобойнях специально обученными работниками²¹. Соответствующий Регламент ЕС определяет религиозный обряд как ряд действий, связанных с убоем животных и предписанных религией, и учитывает свободу религии и право проявлять свою религиозную принадлежность или веру путем богослужения, проповедования, совершения обрядов и соблюдения ритуалов, констатируя специфику национального контекста и различия законодательных правил²².

¹⁸ СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Статья 11 Федерального закона от 27.12.2018 № 498-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 53 (часть I). Ст. 8424.

²⁰ Статьи 13, 17 и 19 Европейской конвенции о защите животных, предназначенных на убой (ETS № 102) (Заклучена в Страсбурге 10.05.1979) // СПС КонсультантПлюс. Россия не участвует.

²¹ Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (91)7 государствам-участникам по вопросам убоя животных (принята 17.06.1991) // СПС КонсультантПлюс.

²² Регламент № 1099/2009 Совета Европейского Союза «О защите животных при умерщвлении» (Принят в Брюсселе 24.09.2009) // СПС КонсультантПлюс.

Анализируя эти вопросы, ЕСПЧ указал на необходимость установления, что способ убийства животных, который данное религиозное образование намерено использовать, является осуществлением свободы исповедовать свою религию. При этом свобода религии не охватывает права принимать личное участие в проведении ритуального убийства животных²³. В свою очередь ФКС Германии предлагает учитывать императивные нормы религий, предполагающие запрет употребления мяса животных, не забитых ритуальным способом. Для получения лицом разрешения на такой способ забоя достаточно обосновать особенности самосознания религиозной организации без оценки самих положений веры²⁴.

Как показывает А. Шайо, нельзя говорить о злоупотреблении правом в случаях отклонения права от «обычного использования», если оно осуществляется нерационально, но не причиняет ущерба. Например, непродуктивно искать злоупотребления в ситуации, когда религиозная группа отклоняется от «нормальной» религиозной практики, где «нормальность» отражает понимание большей частью религиозных групп [Шайо А., 2008: 176–177]. Видимо, современное разрешение анализируемой коллизии лежит в плоскости общественной нравственности (являющейся основным объектом преступления, предусмотренного ст. 245 УК РФ). Так, проведение обряда в местностях проживания значительных групп, исповедующих определенную религию, или даже в конкретных местах, доступных лишь для ее представителей, не воспринимается этими лицами как ненормальное или необычное, а потому не свидетельствует ни о посягательстве на указанный объект уголовно-правовой охраны, ни об общественной опасности деяния. Наоборот, публичное проведение такой церемонии в присутствии людей, не оценивающих жертвоприношение как нормальное, обычное проявление свободы совести, причиняет вред общественной нравственности и должно квалифицироваться по ст. 245 УК РФ.

В тех случаях, когда избираемый способ действий не связан с содержанием права, он и вовсе выходит за пределы осуществляемого права, а потому не свидетельствует о правомерности.

2.4. Оценка отказа от права и делегирования права

Еще одним вариантом осуществления права признают отказ от осуществления права [Тер-Акопов А.А., 2003: 157], который является лишь пассивной формой поведения управомоченного субъекта (бездействием). Однако

²³ Пункты 77 и 82 Постановления ЕСПЧ от 27.06.2000 «Дело «Чааре Шалом Ве Цедек» (Chaware Shalom Ve Tsedek) против Франции» (жалоба № 27417/95) // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. М., 2018. С. 261–264.

бездействие понимается в уголовном праве как неисполнение юридической обязанности, что чаще всего исключает постановку вопроса об осуществлении права.

Тем самым отказ от использования права обычно предполагает ответственность, когда он в той или иной степени совпадает с обязанностью, невыполнение которой уголовный закон определяет как преступление. Например, родительские права предполагают одновременно определенный объем долженствования. Однако в этом случае уголовное право оценивает не столько осуществление права, сколько соотношение поведения с объемом обязанности. В большей степени интерес вызывают последствия использования отказа от права третьими лицами.

Способы отказа от субъективного права, проанализированные в общем виде А.С. Гамбаряном, сводятся к отказу от реализации права, отказу от права дачей согласия на вмешательство и отказу от права путем совершения неправомерного (противоправного) деяния [Гамбарян А.С., 2018: 65–101]. Но применение такой классификации требует либо разделения общего объема права на отдельные правомочия, либо учета и иных вариантов отказа от права.

Например, нельзя отказаться от права на личное достоинство, но само лицо может не использовать право на уголовно-правовую охрану достоинства, поскольку дела о клевете отнесены к категории частного обвинения (ст. 20 Уголовно-процессуального кодекса РФ). С другой стороны, положения п. 1 ст. 152² ГК РФ позволяют утверждать, что обстоятельства частной жизни перестают охраняться в качестве тайны после их публичного раскрытия самим гражданином или по его воле.

В целом развернутой уголовно-правовой оценки требует любой отказ (например, от медицинской помощи или от дачи показаний не против, а в пользу супруга, т.е. носящих оправдывающий его характер), если в результате причинен вред объектам уголовно-правовой охраны. При этом общие положения об оценке последствий использования субъективного права в основном применимы и в этом случае, а оценке подлежат как сам отказ, так и использование его последствий другими лицами.

Специфическим способом использования права может быть его делегирование иному субъекту. При этом такое делегирование, сопровождающееся отказом от права, можно оценивать как отчуждение. В ином случае у первоначального правообладателя сохраняется право.

Например, лицо может добровольно раскрыть сведения из своей частной жизни другому, что не означает отказа от своего права на неприкосновенность этой сферы. Соответственно, получивший эти сведения субъект наделяется лишь правомочиями знать их (или владеть материальными

носителями такой информации), но не вправе распространять их. Также Конституционный Суд Российской Федерации считает адвокатскую тайну не привилегией адвоката, а гарантией законных интересов его доверителя²⁵, что должно учитываться при применении ст. 137 УК РФ.

Как отмечает А.Х. Ульбашев, возможность осуществления права через представителя должна быть предусмотрена законом или не противоречить ему. Такие возможности не могут выходить за пределы осуществления личных прав [Ульбашев А.Х., 2018: 100–104]. Конечно, отдельные права могут и исключать саму возможность такого делегирования (и тем более — отчуждения). Обычно неотчуждаемыми считаются естественные права [Пресняков М.В., 2014: 22]. Но вытекающее из естественного права на жизнь (или по крайней мере максимально необходимое для его обеспечения) право на традиционную охоту может быть отчуждено, но в интересах первоначального субъекта права.

Так, анализируя правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированные применительно к традиционному образу жизни членов общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока,²⁶ можно сделать выводы, что охота выступает основой существования и самобытности для лиц из числа этих народов, ее свободное (без каких-либо разрешений) осуществление ограничивается естественным пределом — объемом добычи охотничьих ресурсов, необходимым для удовлетворения личного потребления, а право на ее осуществление является жизнеобеспечивающим для каждого члена общины (независимо от возрастных и физических возможностей), которые могут поручить осуществление этого своего права другим лицам — охотникам.

Применительно к уголовно-правовой охране наградной сферы данный Суд разделил правовой статус награжденного (который, по общему правилу, носит постоянный — непередаваемый и неотчуждаемый — характер) и материальные знаки государственных наград, в отношении которых допускается передача иным лицам в надлежащем порядке²⁷.

Тем самым, если существо того или иного права допускает возможность его делегирования иному лицу, а в законе не установлены специальные запреты и ограничения этого, правомочие может делегироваться другому субъекту, действия которого — в чужом интересе — являются правомерным осуществлением субъективного права, хотя и не своего, а принадлежащего другому лицу. Также переносятся на оценку такого поведения и пределы правомочий первоначального субъекта права. В случае введения законода-

²⁵ Постановление КС РФ от 17.12.2015 № 33-П // СЗ РФ. 2015. № 52 (часть I). Ст. 7682.

²⁶ Постановление КС РФ от 28.05.2019 № 21-П // СЗ РФ. 2019. № 22. Ст. 2902.

²⁷ Постановление КС РФ от 27.02.2020 № 10-П // СЗ РФ. 2020. № 10. Ст. 1415.

тельных пределов делегирования права основным нарушителем является не носитель права, а лицо, воспользовавшееся неправомерно полученным «чужим» правом.

Делегирование по закону или по соглашению приводит к проблеме оценки столкновения интересов (иногда — правомочий) двух и более субъектов. Так, в проанализированном случае традиционной охоты возможна ситуация, когда охотник, которому делегированы права на добычу, распоряжается добытыми ресурсами вопреки интересам отдельных членов общины.

2.5. Оценка целей действий управомоченного лица

Поскольку в основное содержание субъективного права не может входить правомочие на причинение вреда, то существенное значение для оценки правомерности вредоносного поведения может иметь определение его целей.

Разграничивая хищения и правомерное поведение, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал в 2009 году позицию, что мошенничество, совершенное под прикрытием гражданско-правовой сделки, предполагает наличие цели хищения имущества или приобретения права на чужое имущество у лица, заключающего такую сделку²⁸. Позднее эта позиция была подтверждена применительно и к случаям систематической мажорировки преступных деяний предпринимательством²⁹.

Цель является и тем признаком, который Суд признал отграничивающим клевету от правомерного обращения в государственные органы, хотя и несущего потенциально возможный риск причинения вреда правам и свободам других лиц. Установление цели получения содействия по реализации прав и свобод обратившегося гражданина или прав и свобод других лиц свидетельствует о правомерности действия. Тогда как намерение причинить вред лицу, о противоправных действиях которого содержалась информация в систематических обращениях, может признаваться признаком клеветы³⁰.

В определенном смысле здесь на правоприменителей возлагается задача взвешивания, какая доля (правомерных или противоправных намерений) преобладает в поведении управомоченного лица.

Трудность появляется при смешении тех результатов, к которым стремится субъект. Так, в литературе выделяются «сумеречные» зоны, возникающие в связи с конкретными высказываниями, если основной их целью

²⁸ Определение КС РФ от 29.01.2009 № 61-О-О // СПС КонсультантПлюс.

²⁹ Постановление КС РФ от 11.12.2014 № 32-П // СЗ РФ. 2014. № 52 (часть I). Ст. 7784.

³⁰ Определение КС РФ от 05.12.2019 № 3272-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2020. № 1.

было привлечение внимания к общественно значимой дискуссии, а разжигание розни являлось «побочным» эффектом [Троицкая А., 2015: 49]. Это ситуация плохо поддается уголовно-правовой оценке, поскольку господствующая теория и практика исходят из невозможности конкуренции целей или мотивов, необходимости вменения только одного такого субъективного признака. Соответственно, оставаясь на позиции преобладающего в настоящее время учения о вине, необходимо признать, что правоприменители, исходя из установленных фактических обстоятельств, должны определить основную цель. Если она является правомерной, то наличие побочных негативных целей само по себе не является основанием для признания поведения злоупотреблением.

Однако помня, что не всегда цель оправдывает избираемые средства, необходимо признать возможность установления злоупотребления по другим признакам. В конечном счете только совокупность проанализированных признаков конкретного деяния может свидетельствовать об этом.

Заключение

Осуществление субъективного права уже признается в практике Конституционного Суда Российской Федерации самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность деяния, даже причиняющего вред охраняемым уголовным законом интересам, что служит уголовно-правовой гарантией прав и свобод личности. Поскольку такие правомочия чаще всего закрепляются в конституционной, гражданской или иной правосубъектности, возникает взаимосвязь уголовного права с другими отраслями права. Это объясняет отсутствие такой специальной нормы в уголовном законе, а также необходимость выхода на межотраслевой или конституционный уровень.

В условиях усложнения системы субъективных прав, а также известной неопределенности порядка их использования чаще всего невозможно определить все правомерные формы их осуществления. Именно вследствие свободной реализации субъективного права допустима ответственность (в том числе уголовная) за злоупотребление им. При этом необходимо различать правомерное причинение вреда правоохраняемым объектам вследствие осуществления своего субъективного права и запрещенное нормами уголовного закона деяние, хотя и осуществляемое управомоченным субъектом. Законодательно невозможно определить все варианты злоупотребления субъективными правами, чаще возникает необходимость уголовно-правовой оценки в конкретном случае.

Анализ правоприменителями вредоносного поведения управомоченного лица должен начинаться с установления наличия субъективного права и его пределов, а также исключать признаки злоупотребления, о чем могут свидетельствовать как объективные признаки (выбранный способ действий и их последствия), так и субъективные (цели и мотивы), либо их сочетание. Выход за законодательно определенные пределы чаще является невыполнением закона или обязанности.

Осуществление права более перспективно оценивать с учетом принципа пропорциональности, а также сочетания методов балансирования и категоризации. Это позволяет учесть приоритет объектов уголовно-правовой охраны, а также сопоставить их с используемыми лицом правами, оценить степень (незначительная–умеренная–серьезная) отклонения и вредоносности. Для способов осуществления права (включая отказ от права и делегирование) ключевыми являются два фактора — типичность или нетипичность выбранного варианта поведения для конкретного правомочия в конкретно-историческом периоде, а также его связь с содержанием права. При оценке субъективных признаков необходимо также определять преобладание правомерных или противоправных намерений в поведении лица.



Библиография

- Алекси Р. Сбалансированность, конституционный контроль и представительство // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. N 2. С. 113–118.
- Бергер А.Ю. Сравнительно-правовой анализ действия конституционных прав и свобод человека и гражданина в частном праве Германии и России // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. N 1. С. 100–119.
- Вайпан Г. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. N 3. С. 37–54.
- Гамбарян А.С. Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства. М.: Юрлитинформ, 2018. 352 с.
- Денисова А.В. Системность российского уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2018. 512 с.
- Егорова Н.А. Уголовно-правовые гарантии в механизме уголовно-правового воздействия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. N 3. С. 172–195.
- Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004. 560 с.
- Кожевников В.В. и др. О понятии злоупотребления правом в сфере публично-правовых отношений // Современное право. 2018. N 12. С. 5–9.
- Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, 1999. 260 с.
- Крусс В.И. Конституционализация актуальной коммунальной обязанности и угрозы злоупотребления правом // Конституционное и муниципальное право. 2017. N 1. С. 14–19.

- Курченко О.С. Злоупотребление социально-обеспечительными правами: постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2016. N 6. С. 155–166.
- Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2010. 320 с.
- Малиновский А.А. Способы осуществления права // Журнал российского права. 2007. N 3. С. 48–55.
- Мамедова А.Т. Злоупотребление трудовыми правами: проблемы теории и практики // Российский юридический журнал. 2014. N 1. С. 140–146.
- Нуссбергер А. Европейский Суд по правам человека и Федеральный Конституционный Суд Германии // Права человека. 2014. N 12. С. 4–12.
- Пресняков М.В. Конституционно-правовая сущность естественных прав: проблемы позитивного закрепления // Современное право. 2014. N 10. С. 21–25.
- Пресняков М.В. Проблемы правовой определенности конституции // Гражданин и право. 2016. N 9. С. 9–23.
- Романовская О.В., Рыжова А.А. Конституционная правосубъектность граждан в условиях развития биомедицинских технологий. М.: Проспект, 2019. 144 с.
- Сумачев А.В. Уголовно-правовое регулирование национальных традиций // Российский юридический журнал. 2016. N 5. С. 9–12.
- Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. Тула: Автограф, 2001. 800 с.
- Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М.: Юридическая книга, 2003. 480 с.
- Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. N 2. С. 45–69.
- Ульбашев А.Х. К вопросу о неотчуждаемости и непередаваемости личных прав // Российский юридический журнал. 2018. N 2. С. 100–104.
- Хельге З. Субъективное публичное право: принципиальные вопросы // Журнал конституционного правосудия. 2019. N 3. С. 33–38.
- Шайо А. Злоупотребление основными правами, или парадоксы преднамеренности // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. N 2. С. 162–182.
- Шкабин Г.С. Вред в уголовном праве: виды и правовое регулирование // Lex Russica. 2016. N 8. С. 62–80.
- Persak N. EU Criminal law and its legitimation. Search for a substantive principle of criminalization. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, no 26, pp. 20–39.
-

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right



Maksim Arzamastsev

Associate Professor, Criminal Law Department, Saint Petersburg University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7–9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia. E-mail: m.arzamastsev@spbu.ru



Abstract

The article examines the issues of harm caused by a person who acts on the basis of his subjective right. This problem is one of the constitutional foundations of criminal law and has of a cross-sectoral nature. The article analyzes both theoretical provisions and legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, the practice of the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the Russian Federation. The constitutional principle of proportionality was used to develop a methodology for criminal law assessment of the abuse of human right, and its applicability was checked with specific examples. The analysis shows the importance of the use of the right as a circumstance precluding wrongfulness of the action. Due to the free use of natural rights, it cannot be identified with the execution of the law or duty. The need for differentiation of the primary and derivative rights, determination of the real right holder is shown. Situations of refusal of subjective right and its delegation were analyzed. Criteria have also been proposed for distinguishing between the lawful use of a right and its abuse, which serves as a legal guarantee of individual rights. Signs of abuse that may be taken into account by the legislator are the caused harm, the way in which the right is used, and the purposes and motives for its realization. The assessment of public danger depends on comparing these signs and determining the degree of their manifestation in a particular action. The author concludes that criminal liability for abuse of a person's constitutional right is inadmissible if the abuse itself is minor or has minor consequences. Abuse of the right must be distinguished from an independent act — arbitrariness. Two factors are recognized as key to assessing the methods of exercising a right — the typical or atypical nature of the chosen behavior for a particular competence in a specific historical period, as well as its relationship to the content of the right. Cases of cover by the subjective right to commit a crime were analyzed. When assessing subjective signs, it is also necessary to determine the predominance of lawful or unlawful intentions in a person's behavior.



Keywords

constitution; criminal law; human rights; subjective rights; abuse of rights; guarantees of human rights; criminalization.

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

For citation: Arzamastsev M.B. (2021) Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 177–203 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.177.203



References

- Alexi R. (2006) Balance, constitutional control and representation. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 113–118 (in Russian)
- Berger A.Yu. (2014) Comparative legal analysis of the effect of constitutional rights and freedoms of man and citizen in private law of Germany and Russia. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 1, pp. 100–119 (in Russian)
- Denisova A.V. (2018) *System of Russian criminal law*. Moscow: Yurlitinform, 512 p. (in Russian)

- Egorova N.A. (2016) Criminal legal guarantees in the mechanism of criminal legal impact. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedenyi. Pravovedenie*, no 3, pp. 172–195 (in Russian)
- Gambaryan A.S. (2018) *Renunciation of law and criminal procedure intervention*. Moscow: Yurlitinform, 352 p. (in Russian)
- Helge Z. (2019) Subjective public right. *Zhurnal konstitucionnogo pravosudiya*, no 3, pp. 33–38 (in Russian)
- Kozhevnikov V.V. et al. (2018) Concept of abuse of law in public legal relations. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 5–9 (in Russian)
- Kropachev N.M. (1999) *Criminal law regulation. Mechanism and system*. Saint Petersburg: State University, 260 p. (in Russian)
- Kruss V.I. (2017) Constitutionalization of the communal duty and the threat of abuse of right. *Konstitucionnoe i municipalnoe pravo*, no 1, pp. 14–19 (in Russian)
- Kurchenko O.S. (2016) Abuse of social rights. *Rossijski juridicheski zhurnal*, no 6, pp. 155–166 (in Russian)
- Malinovsky A.A. (2010) *Abuse of subjective right*. Moscow: Yurlitinform, 320 p. (in Russian)
- Malinovsky A.A. (2007) Ways of implementing right. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 48–55 (in Russian)
- Mamedova A.T. (2014) Abuse of labor rights. *Rossijski juridicheski zhurnal*, no 1, pp. 140–146 (in Russian)
- Nussberger A. (2014) European Court of Human Rights and Federal Constitutional Court of Germany. *Prava cheloveka*, no 12, pp. 4–12 (in Russian)
- Presnyakov M.V. (2014) Constitutional and legal essence of natural rights: issues of positive consolidation. *Sovremennoe pravo*, no 10, pp. 21–25 (in Russian)
- Presnyakov M.V. (2016) Legal certainty of constitution. *Grazhdanin i pravo*, no 9, pp. 9–23 (in Russian)
- Romanovskaya O.V., Ryzhova A.A. (2019) *Constitutional personality of citizens and progress of biomedical technologies*. Moscow: Prospekt, 144 p. (in Russian)
- Shaio A. (2008) Abuse of fundamental rights, or paradoxes of intentionality. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 162–182 (in Russian)
- Shkabin G.S. (2016) Harm in criminal law: types and legal regulation. *Lex Russica*, no 8, pp. 62–80 (in Russian)
- Sumachev A.V. (2016) Criminal law regulation of national traditions. *Rossijski juridicheski zhurnal*, no 5, pp. 9–12 (in Russian)
- Tagantsev N.S. (2001) *The Russian criminal law*. Vol. 1. Tula: Avtograf, 800 p. (in Russian)
- Ter-Akopov A.A. (2003) *Crime and non-physical causality in criminal law*. Moscow: Yurkniga, 480 p. (in Russian)
- Troitskaya A. (2015) Limits of rights and absolute rights: beyond the principle of proportionality? *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 45–69 (in Russian)
- Ulbashev A. H. (2018) The inalienability and non-transferability of personal rights. *Rossijski juridicheski zhurnal*, no 2, pp. 100–104 (in Russian)
- Vaipan G. (2015) Principle of proportionality and reasoning in the field of human rights restrictions: from R. Alexi to R. Dvorkin and vice versa. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 3, pp. 37–54 (in Russian)
- Zhalinsky A.E. (2004) *Modern German criminal law*. Moscow: Prospekt, 560 p. (in Russian)

Внутриотраслевой способ кодификации международного частного права (на примере стран Латинской Америки)

Н.Ю. Ерпылева

Профессор, департамент правового регулирования бизнеса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru

И.В. Гетьман-Павлова

Доцент, департамент правового регулирования бизнеса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanprav@mail.ru

А.С. Касаткина

Доцент, департамент правового регулирования бизнеса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: akasatkina@hse.ru

Аннотация

Кодификация законодательства по международному частному праву (МЧП) – процесс, представляющий структурное и содержательное упорядочивание правовых норм для систематизации и оптимизации регулирования частноправовых отношений, имеющих юридически значимую связь с правопорядками двух и более стран. В качестве способов кодификации МЧП целесообразно обозначить следующие. Внутриотраслевая кодификация — в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел, регламентирующий большую часть институтов МЧП. В рамках данного способа выделяются две основные формы его результата: а) простая внутриотраслевая форма — регулирование вопросов общей части МЧП и правил выбора применимого права вынесено в отдельный раздел ГК. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права; б) комплексная внутриотраслевая форма — в акт кодификации гражданского права включаются институты общей части МЧП, коллизионные нормы и нормы МГП (юрисдикционные и процессуальные правила). При межотраслевой кодификации в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел, содержащий основные нормы и институты МЧП. Отдельные институты особенной части МЧП включаются как самостоятельные разделы в акты специальных отраслевых кодификаций. Автономная отраслевая кодификация — издание специального закона, кодифицирующего общие положения и коллизионные

нормы МЧП. Комплексная автономная кодификация (полномасштабная кодификация МЧП/МГП) — издание отдельного закона или кодекса, содержащего как основные принципы и коллизионные нормы МЧП, так и основные правила МГП. Современный законодатель демонстрирует все многообразие форм и способов кодификации МЧП, при этом полезно рассмотреть предпочтения тех или иных стран. Для анализа избрано законодательство стран Латинской Америки, где процессы кодификации МЧП идут чрезвычайно активно. Сделан вывод, что большинство латиноамериканских стран выбирают путь внутриотраслевой кодификации МЧП (ее простую или комплексную форму). Такой способ кодификации не свободен от недостатков; оптимальным вариантом является автономная комплексная кодификация, имеющая трехчастную структуру: 1) международная юрисдикция; 2) применимое право; 3) признание/исполнение иностранных судебных и арбитражных решений. В исследовании использованы методы формальной логики, сравнительного правоведения и исторический метод.



Ключевые слова

международное частное право, кодификация, Латинская Америка, внутриотраслевой способ, гражданский кодекс, автономный закон, международный гражданский процесс.

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

Для цитирования: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С. Внутриотраслевой способ кодификации международного частного права (на примере стран Латинской Америки) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 204–235.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.204.235

Введение¹

В статье речь идет о международном частном праве (далее — МЧП) одного из самых больших регионов мира — Латинской Америки, поэтому определим, законодательство каких именно стран является предметом исследования. О составе стран Латинской Америки (как независимых государств, так и зависимых территорий) есть самые различные мнения. В одном случае в него включают все страны и территории американского континента южнее США (всего — 32), в другом — только материковые страны, в третьем — на основе лингвистически-культурных критериев объединяют бывшие колонии Испании, Португалии и Франции. Как правило, англоязычные страны (Белиз, Ямайка, Гайана и др.) и голландско-язычный Суринам в состав Ла-

¹ Все ссылки на международные договоры, акты европейского права и иностранные законы на русском языке даны по: Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

тинской Америки не включаются². Проблемы политической географии не имеют отношения к настоящему исследованию, для целей которого понятие «страны Латинской Америки» — это испано-и португалоязычные страны Американского континента (включая Карибский бассейн), принадлежащие к континентальной правовой семье.

Страны Латинской Америки начали кодификацию МЧП раньше многих европейских стран — в 1850-х гг. Процессы унификации на региональном уровне также начались именно в Латинской Америке: уже в 1889 г. (ранее созыва Первой Гаагской конференции по МЧП в Европе) был принят ряд соглашений по вопросам МЧП, прежде всего Соглашение Монтевидео о международном гражданском праве. Первая (и до сих пор единственная) полномасштабная международная кодификация МЧП произведена в этом регионе — Гаванская конвенция о международном частном праве (1928) (Кодекс Бустаманте). В связи с этим тенденции законодательного регулирования вопросов выбора применимого права, наблюдающиеся в латиноамериканских странах, вызывали и вызывают обоснованный научный интерес. Этот интерес подогревается и практическими резонами, латиноамериканский регион — благодатная почва для экспансии иностранных инвестиций, в том числе российских. Названные причины подтверждают актуальность темы исследования.

Во всех странах Латинской Америки господствует однозначный подход — «национальное измерение» МЧП применяется по остаточному принципу, т.е. только при отсутствии «международного измерения», которое быстро и успешно развивается. Унификация МЧП в этом регионе довольно подробно исследована в литературе [Рафалюк Е.Е., 2010: 88-98]; [Vizcarra A.E.V., 2012: 1-23]; национальное законодательство также не обойдено вниманием российской доктрины [Беликова К.М., 2010], но МЧП модернизируется и модифицируется постоянно, пополняясь новым арсеналом и инструментарием. Развивая и постоянно развивающаяся система международного регулирования отнюдь не замедляет национальную кодификацию и не делает ее излишней, наоборот, процесс национальных кодификаций МЧП интенсифицируется. На примере латиноамериканских стран уместно выявить основные формы и способы кодификации национального законодательства в сфере МЧП.

1. Понятие и способы кодификации законодательства о международном частном праве

Понятие «кодификация законодательства» в общей теории права определяется более или менее единодушным образом — это одна из видов (форм)

² Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>; URL: http://actravel.ru/latin_america.html (дата обращения: 02.05.2021)

систематизации права, процесс, деятельность компетентных государственных органов по переработке несистематизированного правового массива и созданию новых нормативно-правовых актов, содержащих гармонизированные и взаимосвязанные нормы. Кроме того, кодификация — это создание из нескольких нормативных правовых актов одного акта [Сивицкий В.А., 2010: 12]. Виды кодификации различаются в зависимости от степени охвата нормативного массива, подлежащего кодификации: 1) всеобщая — образование сводных кодифицированных актов по основным отраслям законодательства (Конституция); 2) отраслевая — объединение правовых норм определенной отрасли права в строго установленном порядке (Гражданский кодекс, Уголовный кодекс и др.) (соответствует отрасли права); 3) межотраслевая (комплексная) — объединение правовых норм не по отраслям права, а по принципу регулирования значительной области общественных отношений в сфере государственной деятельности, отрасли хозяйства или социально-культурного строительства (Воздушный кодекс, Кодекс торгового мореплавания и др.); 4) специальная (внутриотраслевая) — объединение правовых норм института либо подотрасли права определенной отрасли (Водный кодекс, Лесной кодекс и др.) [Скакун О.Ф., 2000: 279-280].

Кодификацию законодательства в сфере МЧП определяют как «процесс, т.е. структурное и содержательное упорядочивание правовых норм с целью системного урегулирования материальных частнопровых и процессуальных отношений, имеющих юридически значимую связь с правопорядками двух и более государств» [Крутий Е.А., 2012: 18]. Что касается видов кодификации, то в теории МЧП принято говорить не о видах, а о способах (методах) кодификации, которые предполагают ту или иную форму фиксации норм МЧП. Основными способами кодификации называют отраслевой, межотраслевой, автономный и комплексный автономный, при этом все эти термины у различных авторов интерпретируются по-разному.

В.И. Кисиль пишет, что подходы к кодификации норм МЧП (прежде всего коллизионного права) обычно различают по критерию формы закрепления соответствующих положений в национальном законодательстве. Как правило, национальные кодификации МЧП идут одним из двух путей: а) включение норм МЧП в гражданские кодексы (во вступительные законы к этим кодексам) и в другие отраслевые кодексы (условно — отраслевая кодификация); б) принятие отдельных законов о МЧП (автономная кодификация). Существует также третий путь — принятие комплекса специальных законов в сфере МЧП или наличие разрозненных норм МЧП во многих нормативных актах (альтернативные варианты кодификации) [Кисиль В., 2012: 91].

А.О. Иншакова, ссылаясь на более раннюю работу В.И. Кисилья, отмечает, что в процессе кодификации норм МЧП возможны три варианта ее осу-

ществления: в качестве отраслевой кодификации — в различных разделах общего материально-правового акта (Франция); в качестве межотраслевой кодификации — в отдельных разделах отраслевых законодательных актов (Греция, Испания, Португалия, Аргентина); в качестве автономной кодификации — в едином специализированном законе (Венгрия, Польша, Чехия, Швейцария, Турция) [Иншакова А.О., 2011: 38].

Е.А. Крутий утверждает, что в соответствии с законодательной формой фиксации кодифицированных правовых норм выделяют следующие основные способы кодификации МЧП: принятие специальных комплексных законов, регулирующих общие вопросы применения иностранного права, содержащих коллизионные нормы, а также нормы международного гражданского процесса (далее — МГП) (комплексная кодификация МЧП); принятие специальных автономных законов, регулирующих общие вопросы применения иностранного права и содержащих коллизионные нормы (автономная кодификация МЧП); включение разделов о коллизионном праве в отраслевые нормативные акты (чаще всего — в гражданские кодексы или законы, регулирующие гражданско-правовые отношения, в брачно-семейные кодексы, в кодексы о труде и кодексы торгового мореплавания) (межотраслевая кодификация МЧП) [Крутий Е.А., 2012: 52].

В российской доктрине указывается также, что с точки зрения формы национального законодательства по МЧП страны мира делятся на следующие группы: нормы МЧП содержатся в отдельном законе о МЧП (Австрия, Бельгия, Болгария, Венгрия, Венесуэла, Польша, Тунис, Турция, Швейцария, Япония); нормы МЧП содержатся во вводных положениях или в основном тексте Гражданского кодекса (далее — ГК) (отраслевая кодификация) (Бразилия, Германия, Египет, Испания, Португалия, Франция); нормы МЧП содержатся в кодифицированных актах разной отраслевой принадлежности (межотраслевая кодификация) (КНР, Монголия, Уругвай и др.); действует комплекс специальных законов, регулирующих МЧП (Лихтенштейн, Нидерланды и др.); нормы МЧП разрозненны, встречаются в различных нормативных актах (Великобритания, Израиль, США) [Лебедев С.Н., Кабатова Е.В., 2011: 119, 128, 140–142].

Как видим, общеправовые термины «межотраслевая», «отраслевая», «комплексная» кодификация в доктрине МЧП широко употребляются, но в несколько ином значении, нежели в общей теории права. Это вполне оправдано, поскольку теория любой отрасли права обладает своей спецификой, собственным понятийным и терминологическим аппаратом. Для теории МЧП такие различия не удивительны в принципе, поскольку, как известно, международное частное право «не является ни международным, ни частным», «это гибрид в юриспруденции», «клубок противоречий и проблем» и вообще МЧП — это «унылое болото, наполненное топкой трясиной

и населенное образованными, но эксцентричными профессорами, которые с безумными глазами теоретизируют о таинственных вопросах на странном и непонятном жаргоне. Обычный суд или адвокат совершенно теряется, когда попадает в него и в нем запутывается»³ [Prosser W., 1953: 971].

Гибридный и противоречивый характер МЧП презюмирует возможность особых, свойственных только этой отрасли права трактовок общих юридических понятий, которые будут способны подчеркнуть серьезные особенности процесса его кодификации. В качестве способов кодификации МЧП целесообразно обозначить следующие.

1. *Внутриотраслевая кодификация* — в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел (либо принимается вводный закон), регламентирующий большую часть институтов МЧП. В рамках данного способа можно выделить две основные формы его результата:

а) *простая внутриотраслевая форма* — регулирование вопросов общей части МЧП и правил выбора применимого права выделено в отдельный раздел ГК. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права (в форме самостоятельного раздела либо разрозненные нормы, «разбросанные» по всему процессуальному кодексу и не структурированные в отдельный раздел). При этом обширный конгломерат разрозненных коллизионных норм содержится в различных национальных законах;

б) *комплексная внутриотраслевая форма* — в акт кодификации гражданского права включаются институты общей части МЧП, коллизионные нормы и нормы МГП (юрисдикционные и процессуальные правила). О комплексной отраслевой форме говорят и когда институты общей части МЧП, коллизионные нормы и нормы МГП включаются в качестве отдельного раздела в акт кодификации процессуального права⁴.

2. *Межотраслевая кодификация* — в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел, содержащий основные нормы и институты МЧП. Одновременно отдельные институты особенной части МЧП включаются как самостоятельные разделы в акты специальных отраслевых кодификаций (семейный и трудовой кодексы, закон о наследовании). Такой способ кодификации МЧП свойственен в основном государствам, придерживающимся плюралистической концепции частного права⁵. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права.

³ “The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon. The ordinary court, or lawyer, is quite lost when engulfed and entangled in it”.

⁴ На данный момент такое решение предложил только законодатель Гватемалы.

⁵ Плюралистическая концепция частного права — наличие самостоятельных кодификаций отдельных отраслей частного права (гражданский, семейный, наследственный, трудовой кодексы).

3. *Автономная отраслевая кодификация* — издание специального закона, кодифицирующего общие положения и коллизионные нормы МЧП, которое в данном случае позиционируется как самостоятельная отрасль национального права. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права.

4. *Комплексная автономная кодификация* (полномасштабная кодификация МЧП/МГП) — издание отдельного закона или кодекса, содержащего как основные принципы и коллизионные нормы МЧП, так и основные правила МГП. Подобный способ кодификации показывает, что законодатель готов воспринимать МЧП как самостоятельную подсистему национального права, в состав которой включается и МГП.

Предложенная классификация, естественно, далеко не бесспорна и предлагается авторами как дискуссионная. В частности, сразу же возникает вопрос: чем простая внутриотраслевая форма отличается от межотраслевой? Принципиально ничем, поскольку если результатом кодификационного процесса являются два самостоятельных раздела — в ГК (институты общей части и коллизионные нормы МЧП) и в ГПК (нормы МГП), — то простая форма внутриотраслевого способа кодификации во многом смыкается с межотраслевым способом. Содержательное совпадение двух терминов в максимальной степени проявляется, если в государстве существует плюрализм гражданского процесса, и нормы МГП закрепляются в разных актах кодификации процессуального права, например, в трудовом процессуальном и семейном процессуальном кодексах⁶.

Характерной особенностью простого внутриотраслевого способа выступает действие *одного нормативного акта в сфере материального права*, содержащего целостный блок норм, регулирующих частноправовые отношения, связанные с иностранным правовым порядком. Кодификация МЧП — это прежде всего систематизация его коллизионных норм, которые по традиционному стереотипу для целей кодификационного процесса рассматриваются как материально-правовые⁷. Термин «внутриотраслевой» подчеркивает, что определенная совокупность коллизионных норм фиксируется *внутри*, в рамках основной отрасли частного права (в гражданском кодексе). Структурно этот нормативный блок обладает определенной автономностью, само-

⁶ Плюрализм гражданского процесса характерен для многих стран Латинской Америки, например, в Колумбии действуют ГПК (1970) и Трудовой процессуальный кодекс (1948), в Коста-Рике — ГПК (2016) и Семейный процессуальный кодекс (2019).

⁷ Хотя, конечно, по своей природе коллизионные нормы нельзя считать материально-правовыми, скорее, они имеют процессуальный характер, — это *процесс* выбора применимого права. Однако исторически кодификация коллизионных норм МЧП с самого начала имела место в рамках кодификации гражданского, т.е. материального права (Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (1756), Preußische Allgemeine Landrecht (1794)).

стоятельностью от иных положений ГК (как правило, коллизионные нормы помещаются во вводный титул к ГК). Термин «межотраслевой» показывает, что целостные блоки коллизионных норм МЧП (не только отдельные коллизионные нормы!) закрепляются как самостоятельные разделы в актах самостоятельной кодификации отдельных отраслей материального частного права — гражданского, семейного, трудового и др.

Необходимо, однако, оговориться, что право — это динамичная система, в современном мире отличающаяся высокой турбулентностью, прямой зависимостью от внутренней и внешней политической ситуации, от доминирования тех или иных доктринальных мировоззрений. Внутриотраслевой способ кодификации МЧП исторически был свойственен законодателю, придерживающемуся унитарной (монистической) концепции частного права, когда один нормативный акт (ГК) регламентирует гражданско-правовые, семейные, трудовые отношения [Zlatescu I., Belu M., 2012: 859–876]. Одновременно такой законодатель всегда признавал дуализм гражданского права — его деление на гражданское и торговое. В настоящее время страны отказываются от такого дуализма, объединяя регулирование в одном акте⁸; другие страны отказываются от унитаризма и принимают самостоятельные семейные кодексы⁹. В связи с этим различия между «внутриотраслевым и «межотраслевым» способами кодификации МЧП очень условны и далеко не всегда можно говорить о том или ином способе «в чистом виде». Тем более принадлежность конкретной страны к той или иной группе всегда является временной — например, Румыния с 1992 по 2008 гг. имела комплексный автономный закон о МЧП¹⁰, потом была произведена «реверсивная» кодификация, и теперь Румыния — пример внутриотраслевой кодификации МЧП¹¹.

Следующий потенциальный вопрос — почему «внутриотраслевая», а не «отраслевая»? «Внутриотраслевой» способ означает, что законодатель не готов воспринимать МЧП как самостоятельную отрасль законодательства и склонен рассматривать его нормы как определяющие право, применимое главным образом к гражданско-правовым отношениям. Термин «отраслевой» демонстрирует готовность позиционировать МЧП как самостоятельную отрасль законодательства, нормы которой определяют право, применимое к любым трансграничным отношениям между частными лицами, вне зависимости от предмета регулирования. Наиболее корректной является терминологическая конструкция «автономный отраслевой способ», которая

⁸ Гражданский и торговый кодекс Аргентины (2014).

⁹ Семейный кодекс Никарагуа (2014).

¹⁰ Закон Румынии № 105 применительно к регулированию отношений международного частного права (1992).

¹¹ Книга VII «Положения о международном частном праве» ГК Румынии (2009).

подчеркивает наличие в государстве автономного закона о МЧП и статус МЧП как отдельной отрасли и права, и законодательства.

Если законодатель помещает коллизионные нормы в акт кодификации частного (главным образом — гражданского) права, то автоматически возникает ощущение, что указание на применение иностранного права имеет в виду только нормы частноправового характера, содержащиеся в аналогичном иностранном законодательстве. Однако и в доктрине, и в судебной практике, и в законодательстве с 1960-х годов признается, что публично-правовой характер нормы иностранного закона не может служить препятствием для ее применения [Садиков О.Н., 1962: 401–413]; [Тилле А.А., 1965]. Уместно подчеркнуть, что данное установление, как правило, закреплено именно в автономных отраслевых и комплексных автономных кодификациях МЧП, т.е. в тех законодательных решениях, в которых МЧП позиционируется как самостоятельная отрасль права и законодательства¹².

Термин «комплексный» применительно к характеристике способа кодификации МЧП означает, что соответствующий акт включает как коллизионные нормы (правила выбора применимого права), так и процессуальные нормы, регламентирующие процедуру рассмотрения трансграничных гражданских споров и оказание правовой помощи. В одном нормативном акте (ГК, ГПК или автономном законе о МЧП) кодифицируются разные по своей природе нормы, образующие единый целостный комплекс, который целесообразнее всего структурировать по триаде: компетентная юрисдикция — применимое право — признание и исполнение иностранных решений. Комплексный способ кодификации подчеркивает характер МЧП как специфического межотраслевого правового образования, особенности которого обусловлены своеобразием его целей, методов и норм.

Классический инструментарий МЧП — это коллизионные нормы, которые в основном имеют технический и формальный характер, поскольку представляют собой «правила выбора права», не регулирующие существо спора, а указывающие правовую систему, которую необходимо применить [Bogdan M., 2012: 79]. При этом в современной зарубежной доктрине практически общепризнано, что «международное частное право, известное также как коллизионное право, состоит из правовых норм, которые регулируют три главных вопроса: во-первых, под юрисдикцию суда какого государства попадает разрешение того или иного спора частноправового характера, имеющего иностранный элемент; во-вторых, право какой страны применимо в конкретных ситуациях; в-третьих, какие существуют условия для признания и исполнения решений иностранных судов в признающем государстве» [Kunda I., Gonçalves C., 2010: 3]. Нормы, разрешающие конфликт юрисдик-

¹² Напр., ст. 83 Закона о МЧП Доминиканской Республики (2014).

ций, как и нормы, определяющие порядок признания и исполнения иностранных решений, — это тоже нормы МЧП, и одна из особенностей этих норм — их *указывающий* характер, а не непосредственное регулирование отношений. Они указывают либо на компетентный суд, либо на применимое право, либо на возможность признания и исполнения судебных актов [Kiestra L., 2014: 15].

Определение компетентного права, установление его содержания и применение имеют место непосредственно в гражданском процессе, поэтому в какой-то мере можно согласиться с утверждением, что в характеристиках норм МЧП доминирует процессуальный момент и в большой степени их можно квалифицировать как процессуальные [Bogdan M., 2014: 71]. Одновременно следует подчеркнуть, что по своему характеру нормы МЧП о выборе применимого права (коллизийные нормы) отличаются от норм, касающихся юрисдикции, признания и исполнения решений. Только коллизийные нормы могут привести к применению иностранного права [Bogdan M., 2012: 85]. В связи с этим коллизийные нормы считаются более «материальными», «содержательными», в то время как нормы МГП — это в чистом виде правила процедуры [Kiestra L., 2014: 15]. Коллизийные привязки норм о разрешении конфликта юрисдикций и привязки правил выбора применимого права, как правило, структурируются по-разному, поскольку имеют различную функцию и контекст [Rühl G., von Hein J., 2015: 704]. Международная юрисдикция и применимое право, несмотря на их очевидную связь, являются двумя разными областями МЧП [Arroyo D., 2016: 137].

«Гибридный» характер МЧП в доктрине принято понимать как наличие в его нормативной структуре норм, разных с точки зрения их источника, — это нормы, созданные национальным законодателем, и нормы унифицированные, закрепленные в международно-правовых актах. МЧП как социальное явление колеблется между универсальностью общего международного права, с одной стороны, и муниципальным характером применимого материального права, с другой [Kalensky P., 1971: 13, 96]. На современном этапе о гибридной природе МЧП интересно рассуждать прежде всего в том смысле, что его нормативную структуру образуют нормы, различные с точки зрения их юридической природы, — материальные (насколько коллизийные нормы можно такими считать) и процессуальные, входящие в МГП.

Законодатель, избравший путь «комплексной» кодификации МЧП, объединяет три блока норм, регулирующих как выбор применимого права, так и процессуальные отношения, связанные с иностранным правопорядком, в едином нормативном акте. «Комплексная» кодификация подчеркивает междисциплинарный характер МЧП в целом — его нельзя втиснуть в рамки только материального или только процессуального права; нормы МЧП целесообразно объединять в самостоятельный нормативный комплекс.

Процесс кодификации МЧП на национальном уровне начался во второй половине XVIII века, и с тех пор прослеживается единственная тенденция — активизация этого процесса. Даже страны общего права, не имеющие гражданских кодексов, принимают законы, кодифицирующие нормы МЧП¹³. Общая тенденция отнюдь не нивелирует национальных особенностей, демонстрируя все многообразие способов кодификации: в любой части света можно найти и внутриотраслевое законодательство, и комплексные автономные законы о МЧП. Страны Латинской Америки — один из регионов мира, в котором практически все страны в той или иной форме произвели кодификацию МЧП, и этот процесс интенсивно продолжается. При этом законодатели латиноамериканских стран используют далеко не все возможные способы кодификации, показывая совершенно определенные предпочтения.

2. Внутриотраслевой простой способ кодификации международного частного права

Кодификация норм МЧП в рамках общего акта кодификации гражданского права (*внутри отрасли*) — исторически первый способ систематизации коллизионных норм, который в мировой юридической оборот был введен благодаря Французскому гражданскому кодексу (1804) (далее — ФГК), старейшему «из ныне действующих гражданских кодексов, содержащих нормы международного частного права» [Лунц Л.А., 2002: 83]. Гражданское законодательство Латинской Америки формировалось на основе ФГК, влияние которого неоспоримо и подчеркивается в большинстве современных исследований [Maekelt T., 2015: 704]. Не удивительно, что до сих пор большинство латиноамериканских стран предпочитает именно этот способ.

Внутриотраслевой способ реализуется в разных формах, которые во многом опосредованы тем, к какому поколению гражданских кодексов принадлежит соответствующий законодательный акт той или иной страны. Аргентинский исследователь А. Паризе утверждает, что в Латинской Америке можно выделить три поколения кодексов, хронология которых является условной и подвижной, поскольку разные кодексы «созревают» в разное время [Parise A., 2017: 641–642, 649].

Первое поколение — «сепаратистское», нацеленное на достижение независимости от европейского доминирования и дифференциацию между законами Старого и Нового Света (1826–1917).

¹³ Закон о МЧП Науру (1974), Закон о МЧП (выбор права в деликтах) Новой Зеландии (2017).

Второе поколение — «дифференциальное», нацеленное на достижение «локальной» самобытности, отличие своего кодекса от других американских юрисдикций, дифференциацию между разными частями Нового Света (1880-е гг. — 2000 г.).

Третье поколение — «глобалистское», нацеленное на согласование национального частного права с нормами других юрисдикций, равновесие между интересами личности и общества даже, защиту прав человека и права на культурную самобытность коренных американцев (1980-е гг. — настоящее время).

2.1. Внутриотраслевая кодификация МЧП в ГК первого поколения

Именно «сепаратистское» поколение гражданских кодексов в максимальной степени демонстрирует заимствование европейских подходов к частному праву, закрепленных в ФГК, ГК Италии (1865) и ГК Испании (1889). Это рельефно проявляется и в той форме, в которой законодатель устанавливает регулирование в сфере МЧП. Большинство кодексов первого поколения, сохранивших свое действие, содержат только правила выбора права, структурированные точно по образцу ФГК, — *во вступном титуле к ГК (в разделе о действии закона в пространстве) закреплены основные коллизионные принципы, еще несколько коллизионных норм «разбросаны» по всему кодексу*. Имеет место любопытная ситуация: все кодексы первого поколения действуют в новых редакциях, но практически ни в одном из них регулирование МЧП не претерпело принципиальных изменений ни структурно, ни количественно, ни по существу. По французскому же образцу модификация коллизионных норм, трансформация односторонних коллизионных привязок в многосторонние осуществляются судебной практикой. Кроме того, естественно, применяются унифицированные коллизионные нормы, и международное изменение МЧП имеет безусловный приоритет.

К странам, имеющим ГК первого поколения и кодификацию МЧП по модели ФГК, относят Эквадор (ГК 1857 ред. 2005), Эль-Сальвадор (ГК 1859 ред. 2004), Колумбию (ГК 1873/1887 ред. 2003) и Гондурас (ГК 1906 ред. 2017). Непосредственным образцом Эквадору и Колумбии послужил ГК Чили (1855), который был воспринят ими без существенных изменений¹⁴. Во всех кодексах легально регулируется только один общий институт МЧП — оговорка о публичном порядке; остальные коллизионные нормы, помещенные в раздел о действии законов в пространстве, — это конкретные привязки для лиц, вещей и формы актов. В кодексах есть несколько коллизионных норм, применимых к наследственным и семейным отношениям (помещены в разные

¹⁴ Чили / Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 622.

разделы кодексов, а не структурированы в отдельный раздел). Минимальную модернизацию можно найти в ст. 2371 Финального титула ГК Гондураса, которая закрепляет «факультативный» характер коллизионных норм (по образцу французской судебной практики): применение иностранных законов допускается не иначе, как по требованию заинтересованного лица, которое несет ответственность за доказывание существования таких законов.

Состояние коллизионного регулирования производит впечатление полного анахронизма. Именно такую оценку дают ему ученые из этих стран, например, в колумбийской доктрине отмечается, что правила выбора права неясны и из-за своей негибкости не удовлетворяют интересы сторон международных деловых отношений [Albán J., 2012: 120]. Колумбийской системе МЧП не хватает современного и четко сформулированного законодательства; следует принять единый обновленный закон, который мог бы соответствовать процессу социально-экономической интернационализации страны¹⁵.

2.2. Внутриотраслевая кодификация МЧП в ГК второго и третьего поколений

Гражданские кодексы второго («дифференциального») и третьего («глобалистского») поколений демонстрируют более высокий системный уровень кодификации норм МЧП — это уже *отдельный самостоятельный раздел вводного титула (отдельная глава) к ГК, содержащий целостный блок коллизионных норм, определяющих общие правила выбора применимого права к основным аспектам частноправовых отношений*¹⁶. Кодексы второго и особенно третьего поколений содержат детальное коллизионное регулирование, основанное на мультилатеральном подходе.

Содержательное влияние французского, итальянского и испанского образцов сохраняется и хорошо заметно [Ortiz de la Torre J., 2020: 261–278]. Непосредственной моделью выступает ГК Испании, в свою очередь воспринявший французское МЧП, прежде всего организацию его норм. В частности, МЧП Коста-Рики (один из первых кодексов второго поколения) и Парагвая (один из последних кодексов второго поколения) структурируются по институционной системе: лица — вещи — акты. Общие положения МЧП (за исключением оговорки о публичном порядке) в этих кодексах не закре-

¹⁵ Colombia / Encyclopedia of private International Law. Vol. 3 / ed. by J. Basedow etc. Cheltenham, 2017. 4184 p.

¹⁶ Кодексы второго поколения — Коста-Рика (Вводный титул к ГК (1885 в ред. 2000), гл. IV ст. 23–30), Мексика (Предварительные положения к ГК (1928 ред. 2013), ст. 12–19 и отдельные нормы в других разделах ГК), Парагвай (Вводный титул к ГК (1985), ст. 11–27), Куба (Вводный титул к ГК (1987), ст. 11–21). Кодекс третьего поколения — Пуэрто-Рико (Вводный титул к ГК (2020), глава VI ст. 30–66). См.: [Parise A., 2015: 639–668].

пляются. При этом с точки зрения качества коллизионного регулирования между кодексами — «дистанция огромного размера». ГК Коста-Рики содержит всего восемь статей; довольно много односторонних коллизионных норм, предусматривающих применение местного права; принципы автономии воли и наиболее тесной связи отсутствуют¹⁷.

ГК Парагвая включает 17 статей, содержащих главным образом двусторонние коллизионные привязки; закреплены специальные правила выбора права для отношений интеллектуальной собственности и ценных бумаг. Однако общие положения МЧП в ГК также не регулируются и современные тенденции его развития законодательно не отражены. В доктрине Парагвая состояние коллизионного регулирования оценивается резко отрицательно: «Созданная под влиянием средневековой классификации статутов на личные, реальные или формальные система Гражданского кодекса и многие его правила остаются архаичными, противоречащими современному законодательству в других областях и прогрессивным договорам в области международного частного права»¹⁸.

В Парагвае в 2015 г. принят Закон о праве, применимом к международным контрактам, представляющий собой полную расширенную имплементацию Гаагских принципов о выборе права в международных контрактах (2015). Этот Закон устанавливает широкое применение автономии воли сторон и регламентацию отдельных общих положений — обратной отсылки, интерлокальных коллизий. Закон 2015 г. приближает МЧП Парагвая к современным стандартам регулирования трансграничных частных отношений.

Институциональная система кодификации норм МЧП — пожалуй, самый серьезный недостаток латиноамериканских ГК как первого, так и второго поколений. Эта система не предполагает обязательного закрепления общих положений, в то время как для регулирования отношений сферы МЧП определяющее значение имеет именно установление его общих начал. Сама возможность применения иностранного права зависит не столько от конкретных коллизионных норм, сколько от общих принципов и подходов, от правовой политики страны суда. Только наличие даже самого обширного перечня двусторонних коллизионных привязок не гарантирует обращения к иностранному праву, тем более обязательности и корректности его применения.

На законодательном уровне должна быть определена обязанность суда обращаться к иностранному праву, на которое указывает конкретное правило выбора права, обязательность для суда решать коллизионный вопрос.

¹⁷ При этом нормы МЧП были серьезно модифицированы в 1986 г.

¹⁸ Paraguay / Encyclopedia of private International Law. Vol. 3 / ed. by J. Basedow etc. 2017. 4184 p.

Обращение к иностранному праву презюмирует необходимость установления его содержания, квалификацию правовых понятий, определение круга применимых иностранных норм, т.е. решение тех вопросов, которые составляют проблематику Общей части МЧП. Легальное закрепление общих принципов и положений МЧП — вот первостепенная задача современного кодификационного процесса. В конечном счете можно и не иметь конкретных коллизионных норм¹⁹ — их выявит прецедентное право; но абсолютно необходимо выработать и установить на уровне закона общие подходы коллизионного регулирования, определенные рамки применения иностранного права.

Самого главного — общих положений МЧП нет в ГК латиноамериканских стран, структурировавших его кодификацию по институционной схеме. Вывод здесь только один — такое регулирование устарело и не способно должным образом обеспечить определенность и предсказуемость выбора права, защитить законные интересы участников трансграничных частных отношений. Правда, сразу же оговоримся — многие из этих стран связаны Кодексом Бустаманте либо Конвенцией Монтевидео об общих нормах международного частного права (1979); эти акты содержат подробную регламентацию вопросов Общей части МЧП и подлежат приоритетному применению как «международное измерение» МЧП²⁰. Данный факт, однако, не отменяет необходимости иметь адекватное национальное измерение МЧП, тем более что территориальная сфера действия указанных международных соглашений незначительна: Кодекс ратифицировали 15 латиноамериканских стран, Конвенцию — 10.

В кодексах второго и третьего поколений заметен «немецкий след» — влияние Вводного закона к ГГУ (далее — ВЗ ГГУ). Прежде всего это проявляется в том, что нормы МЧП структурируются не по институционной, а по пандектной системе. Такой подход вполне оправдан, поскольку, «учитывая наличие в МЧП общих положений, для этой отрасли не подходит институционная схема кодификации. В большинстве случаев кодификация норм МЧП происходит по пандектной схеме» [Кисиль В., 2014: 95]. Пандектная система в определенной степени воспринята мексиканским, кубинским и пуэрториканским законодателями: законодательно закреплены наиболее важные институты Общей части МЧП (квалификация, обратная отсылка, защитные оговорки и т.п.) и правила выбора права к большому спектру конкретных

¹⁹ Авторы не придерживаются концепции Б. Карри, что лучше обойтись без коллизионных норм, но убеждены, что установление общих законодательных принципов, целей и начал выбора применимого права важнее, чем выработка коллизионных правил.

²⁰ Из стран, имеющих институционную систему МЧП в ГК, Кодекс Бустаманте ратифицировали Гондурас, Никарагуа, Эквадор, Эль-Сальвадор; Конвенцию Монтевидео — Колумбия, Парагвай, Эквадор.

частноправовых отношений. Правда, очередность законодательной фиксации норм отражает вековые традиции институционального подхода: сначала устанавливаются конкретные коллизионные привязки, потом фиксируются общие положения.

Наличие вводного титула к акту кодификации гражданского права (как вводных титулов к ФГК и ГК Испании, так и ВЗ ГГУ) «обособляет», «автономизирует» содержащиеся в таком законе нормы от иных положений кодекса. В доктрине обращается внимание на ст. 2 ВЗ ГГУ, которая устанавливает: «Законом по смыслу Гражданского уложения и настоящего Закона является любая правовая норма». Таким образом, ГГУ и Вводный закон — это разные акты; из содержания ст. 2 следует, что нормы ВЗ предназначены для решения вопросов выбора права не только к отношениям, регулируемым ГГУ, но и к другим отношениям. Помещение коллизионных норм во вводный закон свидетельствует о законодательной эволюции в сторону автономной кодификации МЧП [Кисиль В., 2014: 96].

В кодексах латиноамериканских стран нет норм, аналогичных ст. 2 ВЗ ГГУ, и вывод, что вводный титул и ГК — это разные акты, сделать затруднительно. Тем не менее везде господствует общий принцип права, что положения гражданского законодательства применимы к иным частноправовым отношениям²¹. Нет сомнения, что коллизионные нормы МЧП применяются к любым отношениям, основанным на принципах равенства и автономии воли сторон. Одновременно подчеркнем, что частичная автономность коллизионного регулирования в большей степени заметна в кодексах Коста-Рики и Пуэрто-Рики, где МЧП помещено в отдельную главу, непосредственно озаглавленную «Нормы международного частного права».

Самый первый по времени ГК второго поколения, частично воспринявший пандектную систему МЧП, — это Федеральный гражданский кодекс Мексики (1928 в ред. 2013)²². Нормы МЧП сгруппированы во Вводном титуле («Предварительные положения» ГК, статьи 12–15, 19 и отдельные нормы в других разделах). По объему регулирование весьма скромное, негибкое и явно недостаточное, нет четкой структуры. Некоторые нормы являют собой полный правовой анахронизм — например, положение ст. 12 о территориальности права и применении иностранного права как исключения. Тем не менее даже такое регулирование, к тому же принятое без малого 100 лет назад²³, бо-

²¹ Напр., ст. 14 Вводного титула ГК Коста-Рики: «Положения настоящего Кодекса будут применяться в дополнение к вопросам, регулируемым другими законами».

²² Название утверждено в 2000 г. (соответствующий закон вступил в силу в 2004 г.); ранее назывался Гражданский кодекс федерального округа по обычным вопросам и для всей Республики на федеральном уровне. См.: [Vargas J., 2005: 229–230].

²³ «Осторожная» реформа норм МЧП была осуществлена в 1987 г. См.: Мексика / Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 428.

лее юридически грамотно, нежели, допустим, парагвайское или никарагуанское, выстроенное по классической институционной системе.

Конкретные коллизионные нормы структурируются по институционной модели: лица, вещи, форма актов, обязательства (ст. 13). Эти нормы имеют широкий объем и жесткие привязки, от чего современный законодатель в других странах давно отказался. При этом прямо предусматривается возможность выбора права сторонами обязательственного отношения²⁴; такое решение всегда являлось редкостью для латиноамериканского законодателя, традиционно крайне недоверчиво относящегося к автономии воли сторон [Vial M., 2020: 241–276]. Архаичный характер конкретных коллизионных норм нивелируется подробным и проработанным регулированием общих положений МЧП: оговорки о публичном порядке и обходе закона, обратная отсылка, предварительные и побочные коллизионные вопросы, адаптация и *dépeçage*, общий подход к применению иностранного права (ст. 14–15). С учетом роли прецедентного права и международного измерения МЧП мексиканское МЧП выглядит вполне пристойно. Также отметим, что по смыслу ст. 19 ГК и ст. 14 Конституции Мексики доктрина признается источником права²⁵.

В мексиканской доктрине состояние МЧП страны расценивается как «несколько разрозненное»²⁶, дезорганизованное и нуждающееся в модернизации. Почти 20 лет идет подготовка проекта автономного комплексного закона о МЧП, структурированного по «триаде». Первый проект был готов в 2005 г., последний по времени, разработанный в Мексиканской академии международного частного и сравнительного права, — в 2018 г. (192 ст.) [Silva J., 2018: 703–718].

Куба относится к тем странам Латинской Америки, в которой действует ГК второго поколения, один из последних по времени принятия²⁷. Но гражданское законодательство Кубы отличается от других стран региона в связи с тем, что одновременно отражает влияние не только латиноамериканской и испанской правовых традиций, но и социалистического правового подхода, имплементированного из стран Восточного блока [Velasco I., 1989: 669–674]. Структурно МЧП Кубы (Вводные положения к ГК (1987), ст. 11–21) мало отличается от мексиканского, при этом общие институты МЧП урегулированы несколько менее подробно²⁸. Как отмечается в зарубежной литерату-

²⁴ Изменение 1987 г., вступившее в силу в 1988 г.

²⁵ Mexico / Encyclopedia of private International Law. Vol. 3.

²⁶ Ibid.

²⁷ ГК Кубы (1987 в ред. 2015).

²⁸ Нет регулирования предварительных вопросов, обхода закона и адаптации, зато есть норма о квалификации правовых понятий.

ре, «хотя положения национального законодательства Кубы, посвященные определению применимого права, поверхностны и неразвиты, они содержат свидетельства серьезной научной разработанности кубинскими правоведями темы выбора применимого права» [Tuininga K., 2009: 439–440]. В настоящее время на Кубе особое внимание уделяется разработке инвестиционного законодательства и правил международного коммерческого арбитража; модернизации коллизионного регулирования не предвидится.

В анализируемой группе латиноамериканских ГК особняком стоит последняя по времени кодификация МЧП внутриотраслевым простым способом — ГК Пуэрто-Рико (2020)²⁹. Это интересное современное регулирование, объемное, сочетающее и традиционные европейские многосторонние коллизионные нормы, и гибкие американские коллизионные подходы. Нормы МЧП автономизированы от иных положений Вводного титула — они сгруппированы в отдельную главу и поделены на разделы по пандектной схеме³⁰. Нормы МГП отсутствуют; такое решение в большой степени связано с тем, что непосредственными образцами для кодификации являлись Вводный титул к ГК Испании и Глава III ГК Луизианы. Кодификация МЧП Пуэрто-Рико заслуживает отдельного исследования; в рамках настоящей статьи можно лишь обратить внимание на основные ее недостатки, отмеченные известным испанским ученым Х. Ортис де ла Торре. В регулировании общих положений МЧП наличествуют серьезные пробелы: «Отсутствуют какие-либо следы правил, регулирующих «предварительный вопрос» ... то же самое относится и к «обходу закона» ... то же самое безмолвие наблюдается в действительно важном аспекте: применение иностранного права: как должно применяться иностранное право? это закон? или это простая констатация факта? также и мобильному конфликту не уделяется никакого внимания» [Ortiz de la Torre J., 2020: 261–278]. Эти пробелы сильно снижают качество новой системы МЧП, работа над которой длилась почти 30 лет (с 1991 г.).

2.3. Кодификация норм международного гражданского процесса

Кодификация МЧП далеко не всегда сопровождается кодификацией МГП и наоборот³¹. Проблемы и способы кодификации МГП заслуживают

²⁹ Глава VI Вводного титула ГК «Нормы международного частного права» (ст. 30–66).

³⁰ Общие положения, лица, брак, вещи, обязательства, наследование.

³¹ Например, МЧП Испании кодифицировано — Глава 4 «Нормы международного частного права» Вводного титула ГК (1889 в ред. 2015), а кодификации МГП нет — его нормы разбросаны по всему ГПК (Закон о гражданском процессе (2000 в ред. 2015)); напротив, в Боливии МЧП не кодифицировано — нормы разбросаны по разным частям ГК (1975 в ред. 2012), а МГП кодифицирован — Раздел VIII «Международное сотрудничество в судебной области» ГПК (2013).

самостоятельного исследования, поэтому в настоящей статье мы ограничимся кратким пассажем. При кодификации МЧП простым внутриотраслевым (как, кстати, и межотраслевым) способом нормы МГП помещаются в различные акты кодификации процессуального права. Степень и уровень кодифицированности норм МГП от принадлежности ГК к какому-либо из поколений, разумеется, не зависят. Картина в регионе достаточно пестрая — есть примеры кодификации МГП в рамках гражданского процессуального права (наличие отдельного раздела)³², есть примеры фиксации отдельных норм МГП, «разбросанных» по всему ГПК и другим актам, регулирующим судопроизводство³³. Отсутствие целостной кодификации МГП даже в рамках одного ГПК объясняется, среди прочего, еще и тем, что многим странам Латинской Америки присущ плюрализм гражданского процесса. В ГПК, принятых в XXI веке, в отдельный раздел структурируются нормы о признании и исполнении иностранных решений; другие положения МГП «разбросаны» по разным разделам кодексов³⁴. В латиноамериканской доктрине такой подход законодателя подвергается обоснованной критике, поскольку создает правовую неопределенность и «лазейки» для обхода закона [Mota C., 2014: 16].

3. Межотраслевая кодификация международного частного права

В российской доктрине отмечается, что «в континентальной системе частного права выделяются две подсистемы кодификации: институциональная и пандектная. Известно, что пандектному праву присущ монизм, в то время как институциональному — дуализм. Дело тут не столько в традициях, сколько в подходах к самому понятию гражданского права. В понимании его как «права граждан» необходимым является выделение всех коммерческих норм в отдельный Хозяйственный или Торговый кодекс. Если же оно понимается как синоним частного права, то в разделении кодифицированных актов потребности нет» [Шушканов П.А., 2020: 32–35]. Латиноамериканские страны, воспринявшие модель ФГК, естественно, воспринимают институциональную подсистему кодификации частного права — в большинстве государств имеет место наличие самостоятельных гражданского, торгового, семейного и трудового кодексов³⁵. Следует отметить, что первоначально был воспринят

³² Эль-Сальвадор — Гражданский и торговый процессуальный кодекс (2008).

³³ Эквадор — ГПК (1987), Основной кодекс судебной процедуры (2009); Чили — ГПК (1902 в ред. 2015), Органический судебный кодекс (1943 в ред. 2015); Колумбия — Кодекс общей процедуры (2012), ГПК (1970), Процессуальный трудовой кодекс (1948).

³⁴ Никарагуа — ГПК (2015); Гондурас — ГПК (2006 в ред. 2016).

³⁵ Напр., Гондурас — ГК (1906), Торговый кодекс (1950), СК (1984).

только дуализм гражданского права (его деление на гражданское и торговое); плюрализм частного права и принятие соответствующих отраслевых кодексов имеет место со второй половины XX века. В российской литературе утверждается, что в настоящее время «можно и нужно говорить не о дуализме, а о *плюрализме частного права*. Термин «дуализм» не подходит, поскольку наряду с гражданским и торговым в частном праве отпочковались или обособливаются трудовое, а также семейное и международное частное право» [Зенин И.А., 2021: 23].

Плюрализм частного права предполагает возможность межотраслевой кодификации МЧП. Однако в подавляющем большинстве латиноамериканских стран коллизионные принципы МЧП закрепляются только в ГК, другие кодексы содержат либо единичные коллизионные нормы³⁶, либо, по общему правилу, несколько материальных норм, непосредственно предназначенных для регулирования отношений с иностранным участием³⁷. Тенденцию к межотраслевой кодификации выявить нельзя: в основном МЧП Латинской Америки кодифицируется именно внутриотраслевым способом — итогом является наличие одного акта кодификации материального права, в котором фиксируются коллизионные нормы.

К странам, кодифицировавшим МЧП межотраслевым способом, с известной долей условности можно отнести Чили и Никарагуа, в которых действуют ГК первого поколения³⁸, но сравнительно недавно были приняты самостоятельные акты кодификации семейного права, закрепляющие отдельные блоки правил выбора права, применимого к брачно-семейным отношениям³⁹. Причина такого законодательного решения — прежде всего архаичность и недостаточность коллизионного регулирования, помещенного в ГК, которое (скорее всего по инерции) принципиально не реформируется. Его конкретизация и модернизация реализуются в том числе путем разработки целостного блока коллизионных норм, который помещается в новый нормативный акт. Обновление МЧП осуществляется посредством включения его норм в акты кодификации разных отраслей частного права. Кстати, в странах, имеющих ГК второго и третьего поколений, межотраслевых кодификаций МЧП нет.

ГК Чили (кодекс Андреаса Белло) — самая первая из ныне действующих кодификаций МЧП в Латинской Америке. Принятие этого ГК стало одной из вех в самостоятельном развитии гражданского права на континенте⁴⁰. Од-

³⁶ Напр., ст. 280 СК Гондураса (1984 в ред. 2017).

³⁷ Напр., ст. 72 Трудового кодекса Колумбии (1950).

³⁸ ГК Чили (1855 в ред. 2015), ГК Никарагуа (1904 ред. 2019).

³⁹ Закон Чили о гражданском браке (2004 в ред. 2015), СК Никарагуа (2014).

⁴⁰ Чили / Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 622.

нако будучи ранее передовым, в настоящее время чилийское регулирование МЧП удивляет — почему законодатель хотя бы в минимальной степени не приводит его в соответствие с требованиями времени? Параграф 3 Вводного титула ГК содержит всего пять статей (ст. 14–18); еще несколько норм разбросаны по разным частям ГК. Единственное общее положение МЧП — это оговорка о публичном порядке, очень своеобразно при этом сформулированная и помещенная не во Вводный титул, а в Книгу четвертую ГК «Об обязательствах в общем и договорах»⁴¹.

Коллизионные нормы семейного права составляют Главу VIII «О применимом праве и признании иностранных судебных решений» Закона о гражданском браке (ст. 80–84). Отдельная глава — хорошее решение, но нельзя сказать, что в целом регулирование соответствует современным стандартам: не определено право, применимое к брачному договору, к личным и имущественным отношениям супругов. Из общих положений закреплены только оговорки о публичном порядке и запрете обхода закона. Представляется, что такой лаконизм обусловлен пониманием законодателя временного характера межотраслевой кодификации МЧП — в Чили в 2020 г. Министерством юстиции, Чилийской ассоциацией МЧП и факультетом права Университета Чили был разработан проект Закона о МЧП (93 ст.), структурированный по триаде: международная юрисдикция — применимое право — признание и исполнение иностранных решений⁴².

В сравнении с чилийским регулированием МЧП Никарагуа выглядит неизмеримо более «продвинутым». Основной источник — титул «Действие закона» ГК (ст. VI–VIII, X, XI, XV плюс отдельные нормы других разделов), при этом ст. VI поделена на 22 пункта, т.е. содержит более 20 коллизионных норм. В результате выработана детальная система правил выбора права. Из общих положений закреплены оговорка о публичном порядке (в негативном⁴³ и

⁴¹ Статья 1462. Имеет во всем незаконный предмет то, что противоречит публичному праву народа [Чили]. Так, обещание подчиниться в Республике какой-либо юрисдикции, не признаваемой ее законами, является ничтожным ввиду порочности предмета.

⁴² Anteproyecto de ley de derecho internacional privado. Available at: URL: https://fernandez-rozas.com/wp-content/uploads/2020/09/Anteproyecto_de_Ley_de_Derecho_Internacional_Privado-1.pdf; Exposición de motivos anteproyecto de ley de derecho internacional privado. Available at: https://www.uchile.cl/documentos/revisa-el-anteproyecto-de-ley-de-derecho-internacional-privado_168925_1_0739.pdf (дата обращения: 10.05.2021)

⁴³ Чрезвычайно интересен нестандартный подход, особенно п. 3 и 4: «Иностранные законы не применяются: 1. Когда их применение противоречит публичному или уголовному законодательству Республики, свободе вероисповедания, нравственности, принятым обычаям и запрещающим их нормам. 2. Когда их применение несовместимо с законодательным духом настоящего Кодекса. 3. Когда это только простая привилегия. 4. Когда предписания настоящего Кодекса, противоречащие иностранным законам, более благоприятны для действительности этих актов» (ст. VIII).

позитивном варианте), запрет обхода закона и принцип факультативности коллизионных норм. Применение иностранных законов допускается только по требованию заинтересованного лица, которое несет ответственность за доказывание их существования, если иное не установлено международным договором или специальным законом (ст. VII). Единичные коллизионные нормы присутствуют также в Торговом кодексе⁴⁴.

Коллизионное регулирование семейных отношений помещено во Вводный раздел СК (Глава 2 «Нормы международного частного права» (ст. 10–20) и отдельные нормы других разделов). Правила выбора применимого права таким образом обособлены от материальных норм СК и составляют автономную группу, что является безусловным достоинством законодательного решения. Из общих положений закреплена только оговорка о публичном порядке; в целом регулирование подробное, но недостаточное и не учитывающее современных моделей. В частности, имущественные отношения супругов подчиняются закону места заключения брака, однако супруги вправе заключить брачный договор, устанавливающий иной экономический режим, нежели тот, который предписан соответствующим законодательством.

Институциональной системе кодификации в принципе присуще смешение материальных и процессуальных норм [Шушканов П.А., 2020: 32–35], что наглядно демонстрирует никарагуанский законодатель. В СК Никарагуа наличествует самостоятельный блок процессуальных норм, включающий правила МПП, — Книга шестая «Процессуальные положения», ст. 561 которой (Раздел II «Особая процедура рассмотрения семейных споров») регламентирует оказание международной правовой помощи. Кроме того, ст. 13 Вводного раздела устанавливает общий принцип исполнения на территории Никарагуа иностранного судебного решения по семейным делам⁴⁵. Закономерно встает вопрос: может быть, применительно к Никарагуа следует говорить об особом способе специальной кодификации МЧП — комплексной внутриотраслевой кодификации международных брачно-семейных отношений?

Путь межотраслевой кодификации МЧП — не самое лучшее законодательное решение: как это ни парадоксально, но в результате остается много пробелов (не закрепляются принципы, цели и задачи нормативного регулирования отношений сферы МЧП, не вырабатывается глоссарий); много повторов, формулировки разных законов закрепляют различные решения⁴⁶. Разбросанность норм МЧП по разным нормативным актам (даже если такие нормы сведены в целостный блок) снижает определенность права, нарушает

⁴⁴ Напр., ст. 9, 933 Торгового кодекса Никарагуа (1914).

⁴⁵ Аналогичная норма закреплена в п. 2 ст. 83 СК Чили.

⁴⁶ Это наглядно демонстрируют ст. 1462 ГК и п. 3 ст. 83 СК Чили, ст. VIII ГК и ст. 12 СК Никарагуа.

его единство, препятствует его системному восприятию и применению. Это показывает как чилийское, так и никарагуанское законодательство. Не зря такой путь кодификации — редкость для латиноамериканского региона, уже более 150 лет демонстрирующего весьма юридически квалифицированный и взвешенный подход к регламентации международных частноправовых отношений.

4. Комплексная внутриотраслевая кодификация международного частного права

Как отмечает В. Кисиль, характерной тенденцией кодификации МЧП во многих странах стало включение в законы о МЧП разделов, посвященных вопросам МГП: гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранцев, международная подсудность, выполнение поручений иностранных судов, признание и исполнение иностранных судебных решений. Эти институты тесно связаны с институтами коллизионного регулирования и подчиняются общим правилам МЧП. Они становятся органичной частью комплексных законов о МЧП, но по мнению В. Кисиля, включение этих процессуальных норм в ГК не логично⁴⁷.

Если такое решение и не отличается логичностью, оно лучше, чем простая внутриотраслевая или межотраслевая кодификация МЧП. Возможно, такое решение даже лучше, чем принятие автономного отраслевого закона о МЧП, не содержащего процессуальных норм. Первый вопрос — это установление международной юрисдикции, и только потом возникает вопрос применимого права; наиболее трудный практический вопрос — признание и исполнение решения суда за рубежом. С точки зрения логики законодательство по МЧП целесообразно структурировать по этой триаде, которая должна предваряться общими положениями, принципиальными для решения как коллизионных, так и процессуальных проблем (защитные оговорки, квалификация, установление содержания иностранного права и т.д.). Для правоприменения удобнее и эффективнее, когда эти нормы закреплены в одном акте, пусть это и не автономный закон о МЧП.

При комплексной внутриотраслевой кодификации МЧП/МГП коллизионные нормы и правила МГП помещаются в один нормативный акт в качестве его отдельного обособленного раздела. Таким образом достигаются единство права, его комплексность и системность. Комплексный внутриотраслевой способ кодификации МЧП показывает, что законодатель не готов воспринимать его как самостоятельную отрасль права, но осознает ав-

⁴⁷ Кисиль В. Нельзя откладывать принятие закона. Available at: URL: <https://pravo.ua/articles/nelzja-otkladyvat-prinjatje-zakona/> (дата обращения: 10.05.2021)

тономный и особый характер норм МЧП и его неразрывную связь с МГП. При таком способе главные правила МЧП/МГП сосредоточены в одном внутреннем источнике, нет разбросанности, дублирования и противоречивых формулировок. ГК — основной источник частного права; включение в него МЧП/МГП демонстрирует важность регулируемых отношений.

Изобретение комплексного внутриотраслевого способа кодификации МЧП принадлежит латиноамериканскому континенту⁴⁸ — в 1916 г. в Бразилии был принят ГК, Вводный закон (ВЗ) к которому содержал основные положения МЧП/МГП. В связи со Второй Мировой войной и беспрецедентным притоком иммигрантов к ГК (1916) был разработан новый ВЗ (1942), серьезно реформировавший регулирование сферы МЧП. В бразильском МЧП восторжествовал территориальный подход, в частности, личный статут стал определяться правом домицилия, а не законом гражданства. По мнению бразильских ученых, «это считается самым большим изменением, воплощенным во Вводном Законе к Гражданскому кодексу 1942 года» [Araujo N., Guedes de C. Saldanha F., 2013: 77]. В 2002 г. в Бразилии принят новый ГК, но в него перенесен прежний ВЗ, естественно, претерпевший много изменений после 1942 г. При подготовке ГК (2002 ред. 2018) разрабатывались и проекты нового ВЗ, но они были законодателем отвергнуты; новый ГК (2002) предворяется старым ВЗ (1942). В 2015 г. принят новый ГПК, отдельные положения которого посвящены МГП.

Четкой структуры МЧП законодатель не предложил: сначала закреплены правила выбора применимого права (ст. 7–11 ВЗ ГК), потом — нормы МГП (ст. 12–19), среди которых есть отдельные общие положения (обратная отсылка, публичный порядок, установление содержания иностранного закона). Бразильское МЧП «следует традиционной системе коллизионного права, включающей косвенные правила двустороннего характера»⁴⁹ [Araujo N., Guedes de C. Saldanha F., 2013: 77]. В итоге коллизионные нормы, несмотря на все новеллы, являются «древними» и не соответствуют требованиям объективной реальности. Главное — законодательно не закреплена автономия воли сторон даже в договорных отношениях. Более того, возможность автономии воли до сих пор оспаривается отдельными бразильскими учеными

⁴⁸ И довольно давно — в ГК Аргентины (1869) содержались как правила выбора применимого права, так и положения о международной юрисдикции.

⁴⁹ «Коллизионные нормы — нормы косвенного характера, которые вместо прямого разрешения *quaestio juris* («вопросов права»), главным образом устанавливающих факты или правовые обязательства, указывают лишь на правовую систему, в которой необходимо искать решение. С другой стороны, существуют двусторонние правила международного частного права, которые отвечают на вопрос: «Какое право применимо к данному спору?», в отличие от односторонних правил, которые отвечают на вопрос: «Когда применяется национальное законодательство?»» [de Araujo N., Guedes de C. Saldanha F., 2013: 77].

[Tiburcio C., 2013: 11–37]. Конечно, судебная практика и международные соглашения корректируют ситуацию, но в современном законодательстве подобный подход недопустим. Тем не менее ценность ВЗ ГК Бразилии неоспорима — это «регулирование может рассматриваться как предвосхитившее современные тенденции объединения в одном нормативном акте вопросов коллизий законов и коллизий юрисдикций»⁵⁰.

Как это для нас ни странно, но одна из самых успешных моделей комплексного внутриотраслевого способа кодификации реализована в Перу — ГК (1984) (Книга X «Международное частное право», ст. 2046–2111). Ранее нормы МЧП содержались во Вводном законе к ГК (1936), теперь законодатель закрепил их в отдельной книге ГК, тем самым подчеркнув важность внутреннего измерения МЧП и создав один из самых значимых примеров его национальной кодификации в Латинской Америке⁵¹. Однако помещение положений МЧП во Вводный титул в большей мере продемонстрировало бы его значение и специфику.

ГК Перу — одна из первых кодификаций, структурирующих нормы МЧП по оптимальной юридически квалифицированной схеме: общие положения — международная компетенция — применимое право — признание / исполнение иностранных решений⁵². Объем кодифицированного материала, грамотность формулировок, очередность регламентируемых вопросов заслуживают восхищения, в особенности с учетом того, что перуанское регулирование принято почти 40 лет назад. Конечно, объемы многих норм сформулированы слишком широко и оставляют чрезмерный простор для интерпретации⁵³, автономия воли допустима, но очень ограниченно, принцип наиболее тесной связи не закреплен — можно сделать еще много замечаний. Однако до сих пор МЧП Перу высоким юридическим качеством выделяется в регионе; не зря в ст. 2047 ГК предусмотрено: «Право, применимое для регулирования правоотношений, связанных с иностранными правовыми системами, определяется в соответствии с международными договорами... если таковые отсутствуют — согласно нормам настоящей Книги. Кроме того, *дополнительно являются применимыми принципы и критерии, провозглашенные доктриной международного частного права*».

МЧП Гватемалы занимает особое место в ряду внутриотраслевых комплексных кодификаций: нормы МЧП/МГП закреплены в процессуальном

⁵⁰ Бразилия / Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 180.

⁵¹ Перу / Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 454.

⁵² Из более ранних кодификаций можно привести пример ГК Габона (1972 в ред. 1995) (разд. IV–VI Части первой), но там структура не такая четкая.

⁵³ Private International Law in New Civil Code of 1984, with Introductory Note // International Legal Materials. 1985. Vol. 24. P. 998.

кодексе — Законе о судебной власти (1989) (Глава II «Международное частное право»; при этом число коллизионных норм (ст. 24–32) значительно превышает число норм, непосредственно посвященным МГП (ст. 33–35, 37, 43). Оговорка о публичном порядке закреплена в Главе IV «Документы из-за рубежа» и сформулирована так, что одна норма охватывает как применение иностранных законов, так и признание/исполнение иностранных процессуальных актов⁵⁴. Решение гватемальского законодателя является эксклюзивным и показывает готовность на легальном уровне закрепить понимание коллизионных норм как процессуальных.

Кодификация МЧП Аргентины произведена в Гражданском и торговом кодексе (2014) (Том IV «Нормы международного частного права», ст. 2594–2671) и уже довольно подробно проанализирована как в российской, так и в зарубежной доктрине [Żytkiewicz N., 2017: 297–335]. Уместно подчеркнуть, что на разработку аргентинского регулирования очень большое влияние оказал ГК Перу. Том IV ГТК Аргентины — комплексная внутриотраслевая кодификация МЧП/МГП, однако построенная по неполной схеме: общая часть — международная юрисдикция — применимое право. Очень важная часть (признание/исполнение иностранных процессуальных актов) отсутствует, ибо эти вопросы находятся в компетенции провинций, а не федерации. В аргентинской доктрине утверждается, что исключение норм о признании и исполнении решений иностранных судов методологически неудачно: незавершенность системы МГП препятствует гармоничному развитию национального МЧП Аргентины, и в итоге кодификация имеет неполный характер [Arroyo D., 2016: 133]. Однако в целом и коллизионное регулирование, и нормы МГП являются достижением и соответствуют современным высоким стандартам. При этом научное сообщество Аргентины выступало и продолжает выступать за принятие автономного комплексного кодекса МЧП/МГП — очередной такой проект был опубликован в 2016 г.

Заключение

Подавляющее большинство латиноамериканских стран предпочитает путь внутриотраслевой кодификации МЧП. Большая их часть имеет простую внутриотраслевую кодификацию, т.е. коллизионное регулирование помещается во вводный закон (отдельный раздел) к ГК, нормы МГП

⁵⁴ Ст. 44. Защита общественного порядка. Не имеют действительности или силы в Республике Гватемала законы, положения и постановления других стран, как и иностранные документы или специальные положения, если они подрывают национальный суверенитет, противоречат Политической конституции Республики Гватемала или основам общественного порядка.

включаются в процессуальные кодексы. Такой путь был востребован до 1990-х гг. — в этих странах ГК были приняты в 1857-1987 гг. Из всех латиноамериканских кодификаций МЧП, разработанных в XXI веке, по пути простой внутриотраслевой кодификации пошел только законодатель Пуэрто-Рико, не являющегося суверенным государством, а имеющего особый территориально-политический статус⁵⁵.

Современный латиноамериканский законодатель, предпочитающий кодифицировать МЧП в рамках ГК, выбирает комплексный внутриотраслевой способ — отдельный раздел кодекса, продуманно и четко структурированный, содержит как правила выбора права, так и нормы МПП. Подобный подход представляется более системным и соответствующим потребностям развития отношений сферы МПП, но с точки зрения удобства для правоприменения, полноты и определенности регулирования уступает комплексной автономной кодификации МЧП.

В латиноамериканском регионе нет примеров принятия автономного отраслевого закона о МЧП, содержащего только коллизионные нормы. Этот путь совершенно не востребован в регионе. Зато активно принимаются комплексные автономные законы (кодексы) МЧП. К сожалению, самые интересные акты национальных кодификаций МЧП — комплексные автономные законы (кодексы), принятые в Венесуэле (1998), Доминиканской Республике (2014), Панаме (2015), Уругвае (2020) — остались за рамками исследования.



Библиография

Беликова К.М. Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки. М.: Юстицинформ, 2010. 480 с.

Зенин И.А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. М.: Юрайт, 2021. 227 с.

Иншакова А.О. Международное частное право. М.: РУДН, 2011. 374 с.

Кисіль В. Національне законодавство як джерело міжнародного приватного права / Міжнародне приватне право. Загальна частина: Підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. К.: Алерта, 2012. С. 88–95.

Кисіль В. Сучасні тенденції кодифікації міжнародного приватного права // Право України. 2014. N 2. С. 89–104.

Крутий Е.А. Современные кодификации международного частного права: Дис. ...к.ю.н. М., 2012. 236 с.

Лунц Л.А. Курс международного частного права: в трех томах. М.: Спарк, 2002. 1008 с.

⁵⁵ «Свободно ассоциированное государство Пуэрто-Рико» (Содружество Пуэрто-Рико) — зависимая от США территория со статусом «неинкорпорированной организованной территории». В ноябре 2020 г. состоялся шестой референдум о политическом статусе Пуэрто-Рико. Свыше 52% проголосовавших высказались за вхождение в состав США в качестве 51-го штата.

Лебедев С.Н., Кабатова Е.В. (ред.) *Международное частное право*. М.: Статут, 2011. 400 с.

Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // *Журнал российского права*. 2010. N 5. С. 88–98

Садиков О.Н. Коллизионные вопросы в соглашениях о международных железнодорожных грузовых перевозках / *Советский ежегодник международного права*. 1961. М.: Изд-во АН СССР, 1962. С. 401–413.

Скакун О.Ф. *Теория государства и права: Учебник*. Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. 704 с.

Сивицкий В.А. (отв. ред.) *Систематизация законодательства как способ его развития*. М.: НИУ ВШЭ, 2010. 535 с.

Тилле А.А. *Время, пространство, закон*. М.: Юрид. лит., 1965. 203 с.

Шушканов П.А. О соблюдении принципов пандектной кодификации в структуре Гражданского кодекса РФ. *Мировой судья*. 2020. N 2 // СПС КонсультантПлюс.

Albán J. La ley aplicable a los contratos internacionales. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2012, vol. 21, pp. 117–157. Araujo N., Guedes de C. Saldanha F. Recent developments and current trends on Brazilian private international law concerning international contracts. *Panorama of Brazilian Law*, 2013, no 1, pp. 73–83.

Arroyo D. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic. *Rabelszeitschrift*, 2016, vol. 80, no. 1, p. 130–150.

Bogdan M. *Private International Law as Component of the Law of the Forum*. Leiden: Brill, 2014, 339 p.

Kalensky P. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, 308 p.

Kiestra L. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: Asser Press, 2014, 329 p.

Kunda I., Gonçalves C. *Practical Handbook on European Private International Law*. Civil Justice Programme, 2010, 152 p.

Maekelt T. General rules of private international law in the Americas: new approach. *Collected Courses of Hague Academy of International Law*. Vol. 177. Boston, 1982, pp. 177–438.

Mota C. Una aproximación internacional privatista al nuevo código de procedimiento civil de Bolivia, de 2013. *Rev. boliv. de derecho*, 2014, vol. 18, pp. 16–63.

Ortiz de la Torre J. El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil 1 de junio de 2020. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 2020, no 2, pp. 261–278.

Parise A. The Argentine Civil and Commercial Code (2015): Igniting a Third Generation of Codes for Latin America. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2017, no 3, pp. 639–668.

Prosser W. *Interstate Publications*. *Michigan Law Review*, 1953, vol. 51, pp. 959–1000.

Rühl G., von Hein J. Towards a European Code on Private International Law? *Rabelszeitschrift*, 2015, Bd. 79, S. 702–751.

Silva J. Construyendo una ley de Derecho internacional privado para México. *Anuario Espanol de Derecho internacional privado*, 2018, vol. 18, pp. 779–799.

Tiburcio C. (2013) Private International Law in Brazil: A Brief Overview. *Panorama of Brazilian Law*, 2013, no 1, pp. 11–37.

Tuininga K. Cuban Private International Law: Some Observations, Comparisons, and Suppositions. *University of Miami Inter-American Law Review*, 2009, vol. 40, pp. 433–452.

Vargas J. The Federal Civil Code of Mexico. *University of Miami Inter-American Law Review*, 2005, vol. 36, pp. 229–247.

Velasco I. El sistema de derecho internacional privado en la república de Cuba. *Revista española de derecho internacional*, 1989, vol. 41, pp. 669–674.

Vial M. International Contracts in Latin America: An Historical Slow Pace towards the Acceptance of Party Autonomy in Choice of Law. *Revista de Derecho Privado*, 2020, no 38, pp. 241–276.

Vizcarra A. Derecho Internacional Privado en el sistema Interamericano. Conferencia pronunciada al Seminario de AMEDI. México, 2012, 23 p.

Zlatescu I., Belu M. La culture juridique et l'acculturation du droit rapport national roumain. *Legal Culture and Legal Transplants. Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*. Sánchez Cordero J. (ed.). Washington: GPO, 2010, pp. 922–940.

Żytkiewicz N. Kodyfikacja prawa prywatnego międzynarodowego w Argentynie. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 2017, no 2, pp. 297–335.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Intra-Branch Method of Codifying Private International Law (Case of Latin American States)

 **Natalia Erpyleva**

Professor, Department of Legal Regulation of Business, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnienskaya Str., 101000 Moscow 101000, Russia. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru

 **Irina Getman-Pavlova**

Associate Professor, Department of Legal Regulation of Business, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnienskaya Str., 101000 Moscow, Russia. E-mail: getmanpav@mail.ru

 **Aleksandra Kasatkina**

Associate Professor, Department of Legal Regulation of Business, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnienskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: akasatkina@hse.ru

Abstract

The codification of legislation on Private International Law (PIL) is a process representing the structural and substantive ordering of legal rules to systematize and optimize the regulation of private law relations that have a legally significant connection with the legal order of two or more countries. It is advisable to designate the following methods of codification of PIL. Intra-branch codification — the act of general codification of civil law includes a special section that regulates most of the institutes of PIL. Within the framework

of this method, two main forms of its result can be distinguished: a) a simple intra-branch form where the regulation of the general part of PIL and the rules for choosing the applicable law is allocated in a separate section of the Civil Code. The rules of International Civil Procedure (ICP) are fixed in the acts of codification of civil procedure law; b) a complex intra-branch form where the act of codification of civil law includes the institutions of the general part of PIL, conflict-of-laws rules and rules of ICP (jurisdictional and procedural rules). Inter-branch codification — the act of general codification of civil law includes a special section containing the main rules and institutions of PIL. Separate institutions of the Special part of PIL are included as independent sections in the acts of special branch codifications. Autonomous branch codification — the adoption of a special law codifying the general provisions and conflict-of-laws rules of PIL. Complex autonomous codification (full-scale codification of PIL/ICP) — the adoption of a separate law or code containing both the fundamental principles and conflict-of-laws rules of PIL and the main rules of ICP. The modern legislator demonstrates all the variety of forms and ways of codifying PIL, while it is interesting to see what preferences are shown by certain countries. The legislation of Latin American countries is chosen for the analysis, since from the middle of the 19th century to the present time, the processes of codification of PIL are extremely active there. According to the results of the study, it is concluded that the majority of Latin American countries choose the path of intra-branch codification of PIL (its simple or complex form). This method of codification is not free from drawbacks; the best option is a complex autonomous codification, which has a three-part structure: (1) international jurisdiction, (2) applicable law, (3) recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards. In writing this study, the authors used the methods of formal logic, comparative law, and the historical method.



Keywords

private International Law, codification, Latin America, intra-branch method, civil code, autonomous law, International Civil Procedure.

Acknowledgments: the work is fulfilled with support of SPS Consultant Plus.

For citation: Erpylyova N.Yu., Getman-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. (2021) Intra-Branch Method of Codifying Private International Law (Case of Latin American States). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 204–235 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.204.235



References

- Albán J. (2012) La ley aplicable a los contratos internacionales. *International law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 21, p. 120.
- Araujo N., Guedes de C. Saldanha F. (2013) Recent developments and current trends on Brazilian private international law concerning international contracts. *Panorama of Brazilian Law*, no 1, pp. 73–83.
- Arroyo D. (2016) Main characteristics of the new private international law of the Argentinian Republic. *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Bd. 1, S. 130–150.
- Belikova K.M. (2010) *Legal regulation of trade and codification of private law in Latin American states*. Moscow: Justitsinform, 480 p. (in Russian)

- Bogdan M. (2012) *Private international law as component of the law of the forum*. Leiden: Brill, 360 p.
- Inshakova A.O. (2011) *Private international law*. Moscow: RUDN, 374 p. (in Russian)
- Kalensky P. (1971) *Trends of private international law*. Prague: Academia, 308 p.
- Kiestra L.R. (2014) *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. The Hague: Asser Press, 340 p.
- Kisil V. (2012) National legislation as a source of private international law. Dovgert A.S., Kisil V.I. (eds.) *Private international law*. Kiev: Alerta, 376 p. (in Ukrainian)
- Kisil V. (2014) Modern trends in codification of private international law. *Pravo Ukraini*, no 2, pp. 89–104 (in Ukrainian)
- Krutij E.A. (2012) Modern codifications of private international law. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 236 p. (in Russian)
- Kunda I., Gonçalves C. (2010) *Practical handbook on European private international law*. Civil Justice Programme, 152 p.
- Lebedev S.N., Kabatova E.V. (eds.) (2011) *Private international law*. Moscow: Statut, 400 p. (in Russian)
- Lunz L.A. (2002) *Course of private international law*. Moscow: Spark, 1007 p. (in Russian)
- Maekelt T. (1982) General rules of private international law in the Americas: new approach. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. IV, pp. 193–380.
- Mota C. (2014) Una aproximación internacional privatista al nuevo código de procedimiento civil de Bolivia de 2013. *Revista Boliviana de Derecho*, vol. 18, pp. 16–63.
- Ortiz de la Torre J. (2020) El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil 1 de junio de 2020. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, no 2, pp. 261–278.
- Parise A. (2017) The Argentine civil and commercial code of 2015: igniting third generation of codes for Latin America. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Bd. 3, S. 339–668.
- Prosser W. (1953) Interstate publication. *Michigan Law Review*, no 7, pp. 959–1000.
- Rafalyuk E.E. (2010) Unification of private international law in Latin America states. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 88–98 (in Russian)
- Rühl G., von Hein J. (2015) Towards a European code on private international law? *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, no 4, S. 701–751.
- Sadikov O.N. (1962) Conflict in agreements on international rail cargo transportation. *Soviet Yearbook of International Law*, 1961. Moscow: Academy of Sciences, 529 p. (in Russian)
- Silva J. (2018) Construyendo una ley de Derecho internacional privado para México. *Anuario Espanol de Derecho Internacional Privado*, vol. 18, pp. 703–718.
- Sivitsky V.A. (ed.) (2010) *Systematization of legislation*. Moscow: HSE Publishers, 535 p. (in Russian)
- Skakun O.F. (2000) *Theory of state and law*. Har'kov: Konsum, 704 p. (in Russian)
- Shushkanov P.A. (2020) Compliance with the principles of pandect codification in structure of the Russian Civil Code. *Mirovoi sudya*, no 2, pp. 32–35 (in Russian)
- Tille A.A. (1965) *Time, space, law*. Moscow: Juridicheskaya literatura, 1965. 203 p. (in Russian)
- Tiburcio C. (2013) Private international law in Brazil: a brief overview. *Panorama of Brazilian Law*, no 1, pp. 11–37.

Tuininga K. (2009) Cuban private international law: some observations, comparisons, and suppositions. *University of Miami Inter-American Law Review*, no 3, pp. 433–452.

Vargas J. (2005) The Federal Civil Code of Mexico. *University of Miami Inter-American Law Review*, no 2–3, pp. 229–247.

Velasco I. (1989) El sistema de derecho internacional privado en la republica de Cuba. *Revista espanjola de derecho internacional*, no 2, pp. 669–674.

Vial M. (2020) International contracts in Latin America: historical slow pace towards the acceptance of party autonomy in choice of law. *Revista de Derecho Privado*, no 38, pp. 241–276.

Vizcarra A. (2012) Derecho internacional privado en el sistema interamericano. Conferencia pronunciada el seminario de AMEDI. México: University, 23 p. Zenin I.A. (2021) *Civil and commercial law of foreign states*. Moscow: Yurait, 227 p. (in Russian)

Zlatescu I., Belu M. (2012) La culture juridique et l'acculturation du droit (rapport national roumain). Legal culture and legal transplants. 18th International Congress of Comparative Law. J. Sánchez Cordero (ed.). Washington: GPO, pp. 859–876.

Żytkiewicz N. (2017) Codification of private international law in Argentina. *Kwartalnik prawa prywatnego*, no 2, pp. 297–335 (in Polish)

Установление судебной юрисдикции по спорам в киберпространстве на примере США

Л.В. Терентьева

Доцент, кафедра международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123242, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: terentevamila@mail.ru

Аннотация

В условиях развития современных цифровых средств коммуникации встает вопрос, насколько адаптивным будет механизм установления судебной юрисдикции по разрешению трансграничных частноправовых споров на основании гибких юрисдикционных привязок по отношению к критериям, основанным исключительно на жесткой территориальной локализации элементов правоотношения. В статье выявляются как позитивные аспекты гибких критериев установления юрисдикции, выраженные в том, что нарушение закона того или иного государства не всегда связано с присутствием на его территории физического или юридического лица, так и негативные аспекты в виде увеличения вероятности юрисдикционного конфликта, который особенно отчетливо проявляется при осуществлении деятельности в информационно-коммуникационном пространстве на платформе киберпространства. Проблемы конфликта юрисдикций актуализируют обращение автора к исследованию форм проявления связей частноправового отношения и государства суда, рассматривающего спор. Выясняется, насколько проявление связей элементов правоотношения и государства суда в эпоху развития киберпространства отличаются от представлений о связи, имевших место до его формирования. Проводится анализ разработанных в США ограничительных механизмов применительно к отношениям в киберпространстве (тест Колдера, тест Зиппо). Формулируется вывод о необходимости использования правоприменительными органами многоаспектного дифференцированного анализа, включающего исследование всей совокупности субъективных, объективных и правовых факторов. К субъективным факторам относят анализ заинтересованности истцов в рассмотрении спора в суде истца; оценку бремени, лежащем на ответчике при рассмотрении дела в суде другого государства; целенаправленную деятельность ответчика на страну суда; предвидение ответчиком возможности рассмотрения спора в государстве суда. К числу объективных факторов относят характер и количество связей элементов спорного правоотношения с государством суда. Правовые факторы проявляются в публично-правовых интересах государства суда в рассмотрении спора. Применительно к спорам в киберпространстве автором предложена ориентировочная комбинация соотношения объективных, субъективных факторов при установлении тесной связи. При написании статьи применены частно-научные методы: формально-юридический, сравнительно-правовой, социологический, а также методы формальной логики (анализ, синтез, абстрагирование, конкретизация, дедукция, индукция, аналогия).



Ключевые слова

юрисдикция, международно-правовые обязательства, киберпространство, информационно-коммуникационное пространство, конфликт юрисдикций, тест Зиппо, тест Колдера.

Благодарности: статья подготовлена при поддержке Российского фонда фундаментальных исследований, проект № 18–29. 1606.

Для цитирования: Терентьева Л.В. Установление судебной юрисдикции по спорам в киберпространстве на примере США// Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 236–261.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.236.261

Введение

Интенсификация международного торгового оборота, миграция, возросшие объемы туристических потоков и ряд иных факторов обусловили актуальность модели установления судебной юрисдикции на основе гибких начал с учетом широких дискреционных полномочий правоприменительных органов. Интеграция общественных отношений в киберсреду дополнительно подчеркнула несоответствие современным вызовам оснований установления судебной юрисдикции, построенных только лишь на физической локализации элементов спорного правоотношения на той или иной территории.

В связи с этим именно гибкие юрисдикционные привязки (основания установления судебной юрисдикции по разрешению трансграничных частноправовых споров) демонстрируют большую степень адаптивности к отношениям, которые складываются в киберпространстве. Как отметил П. Берман, при безусловной значимости территориальных границ установление юрисдикции только на основе привязки отдельных элементов спорного правоотношения к той или иной территории не является единственным возможным решением юрисдикционного вопроса [Bermann P., 2002: 543, 544].

Современный уровень электронных средств коммуникаций кардинально меняет представление о присутствии ответчика на территории страны суда или о связи правоотношения с данным судом. Исходя из этого, страны, право которых предусматривает юрисдикционные основания, построенные исключительно на территориальной локализации тех или иных элементов спорного правоотношения, вынуждены идти по пути их адаптации к специфике киберпространства.

В работе М.В. Мажориной, посвященной вопросам конфликта юрисдикции и коллизии права в условиях киберпространства, высказано предположение о некотором преувеличении уникальности киберпространства в доктрине ввиду того, что «для специалистов в области международного частного права 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». Автор полагает, что для регулирования данных отношений международное частное право уже располагает рядом инструментов в виде коллизионных норм, унификации и гармонизации, способов разрешения конфликта юрисдикций и *lex mercatoria* [Мажорина М.В., 2020: 230–253].

Безусловно, эффективность указанного инструментария при выборе судом применимого права к отношениям, реализующимся в киберпространстве, не вызывает сомнений. Указанный процесс происходит в рамках одной юрисдикции, где правоприменительный орган использует разработанные в соответствующем государстве приемы и техники выбора применимого права с сопутствующими средствами, позволяющими в известных пределах ограничивать его применение. В связи с чем здесь трудно согласиться с зарубежными авторами, которые под конфликтом юрисдикций понимают не только выбор компетентного суда, но и применимого права [Collier J., 2012: 8–10]; [Kebede A., Kassim S., 2009: 38].

Процесс применения иностранного права не может быть направлен на умаление суверенитета других государств при определении сферы действия своих законов. Реальный конфликт юрисдикций имеет место при решении первичного вопроса выбора компетентного суда по рассмотрению соответствующего дела, потенциально затрагивающего юрисдикцию и суверенитет двух и более государств.

Принимая во внимание слабый унификационный процесс в сфере судебной юрисдикции, признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, следует отметить не столько преувеличение уникальности киберпространства, сколько акцентирование внимания на его специфике, множащей проблему конфликта юрисдикций.

1. Доступность информации в киберпространстве как основание установления юрисдикции

Доступность информации в киберпространстве порождает ситуации как отрицательной юрисдикции (когда ни один из судов не считает себя компетентным по рассмотрению соответствующего спора) [Шебанова Н.А., 2002: 133–140], так и мультисудности (когда несколько судов признают себя

компетентными по разрешению соответствующего дела), что в условиях киберпространства происходит чаще всего.

Данный аспект может быть проиллюстрирован рядом примеров. Факт виртуального присутствия ответчика был обоснован в деле *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, в котором федеральный окружной суд Коннектикута постановил, что он обладает надлежащей юрисдикцией в отношении ответчика *Instruction Set* с местонахождением в Массачусетсе¹. В отсутствие места нахождения ответчика в штате суда в виде офиса и ведения коммерческой деятельности, суд на основании доступности содержащейся на веб-сайте ответчика рекламы установил свою юрисдикцию. Было отмечено, что факт использования веб-сайта и телефонной линии, позволяющей осуществлять бесплатные входящие звонки из любой точки США, свидетельствует о том, что лицо должно было предвидеть возможность быть привлеченным к суду любого штата. В последующих делах факт создания веб-сайта, доступного для посещения в том или ином штате, также расценивался судами в качестве достаточного основания для установления своей юрисдикции².

Аналогичным образом австралийский суд установил свою юрисдикцию в отношении американской компании *Dow Jones в деле Dow Jones & Company Inc v Gutnick*³. Американское агентство финансовой информации *Dow Jones* опубликовало в печатной и онлайн-версии журнала *Barron's*, учредителем которого она являлась, статью о причастности истца, австралийского магната Дж. Гутника, к налоговым махинациям. Истец предъявил иск в австралийский суд о защите чести и достоинства по месту своего жительства. Интернет-версия журнала насчитывала порядка 550 000 подписчиков, из которых всего 1700 были из Австралии. Верховный суд Австралии постановил, что факт доступности веб-сайта является основанием установления юрисдикции, что предполагает возможность фактически любого издателя онлайн издания привлечь к суду в странах гражданства или местожительства истцов. Суд удовлетворил требования истца, отметив, что, если событие в Интернете происходит одновременно «везде», это не означает, что оно происходит «нигде».

Таким же образом было рассмотрено дело *eDate*⁴ Европейским судом в (2001) в отношении ответчика — австрийского рекламного агентства, разместившего статью в Интернете, которая затрагивала честь и достоинство

¹ *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.* 937 F. Supp. 161.

² *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996. At 1330; *Humphrey v. Granite Gate Resorts, hlc.*, 568 N.W.2d 715 (Minn. Ct. App. 1997) at 721.

³ *Dow Jones and Company Inc v Gutnick* (2002) HCA 56 (2002) 210 CLR 433; 194ALR 433; 77 255.

⁴ *EuGH v. 25.10.2011, Rs. C-509/09 and C-161/10, Rn. 42.* Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0509> (дата обращения: 05.08.2020)

гражданина Германии. В связи с тем, что ответчик оспаривал юрисдикцию немецкого суда, Федеральный Верховный суд ФРГ обратился к Европейскому суду с вопросом о толковании п. 3 ст. 5 действовавшего на момент рассмотрения судом Регламента Брюссель I в редакции 2001 г., который предусматривал установление юрисдикции по спорам, вытекающим из гражданских правоотношений, деликтов и квазиделиктов, в судах государств-членов ЕС, на территории которых был причинен или может быть причинен ущерб. Перед судом был поставлен вопрос, может ли заявитель обращаться в суд на оператора веб-сайта в суд каждого государства-члена, где данный веб-сайт доступен, в независимости от места нахождения оператора, или судебная юрисдикция государства-члена, в котором оператор не находится, требует какой-либо связи с этим государством?

Европейский суд постановил, что п. 3 ст. 5 Регламента должен толковаться таким образом, что в случае предполагаемого нарушения прав лица посредством контента, размещенного в Интернете на веб-сайте, лицо, считающее, что его права были нарушены, имеет возможность подать иск в суд государства-члена места учреждения издательства данного контента или суд государства-члена, в котором базируется центр интересов издательства, а также в суды каждого государства-члена, на территории которого контент, размещенный в Интернете, доступен или был доступен. При этом суды обладают юрисдикцией только в отношении ущерба, причиненного на территории государства суда, рассматривающего соответствующее дело⁵.

В отдельную категорию следует выделить споры в отношении незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности. Хотя правовое регулирование интеллектуальной собственности строится на основе принципа территориальности, предполагающего ограничение действия права пределами того государства, на территории которого возник объект интеллектуальных прав, юрисдикция судов тем не менее также устанавливалась на основе доступности соответствующей информации. Так, в деле *SG2 v. Brokat Informationssysteme GmbH* (1996) владелец французского товарного знака предъявил иск во французский суд о неправомерном использовании своего товарного знака немецким ответчиком на немецком веб-сайте [Bettinger T., Thum D., 2000: 170]⁶.

Хотя немецкий ответчик никогда не продавал своих товаров во Франции и использовал эту марку только на своем немецком веб-сайте (*brokat.de*), суд Франции установил свою юрисдикцию в отношении данного дела в соответствии со ст. 5 (3) Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских

⁵ Там же.

⁶ *SG2 v. Brokat Informationssysteme GmbH*, Nanterre Court of Appeals, October 13, 1996.

и коммерческих споров 1968 г.)⁷. В обоснование своего решения суд указал, что юрисдикция французского суда распространяется на данный спор ввиду того, что Интернет имеет глобальный характер и доступна, в том числе пользователям во Франции, соответственно, нарушение прав на товарный знак имело место на территории Франции⁸.

Канадский суд факт доступа к сайту, на котором был размещен товарный знак компании, зарегистрированной в США, также счел достаточным основанием для установления юрисдикции в деле *HomeAway.com, Inc. v Martin Hrdlicka*⁹.

В деле *Twentieth Century Fox Film Corp v. iCraveTV, et al*, рассмотренном в окружном суде США¹⁰, американская компания *Twentieth Century Fox Film Corp* предъявила иск в связи с нарушением авторских прав и прав на товарный знак к канадской компании, ведущей трансляцию телевизионных программ на веб-сайте. Канадская компания улавливала сигнал передачи программ посредством антенн, ретранслировала, а затем оцифровывала его с помощью программного обеспечения и размещала на сайте *iCraveTV.com*.

Ретрансляция вещательных сигналов допускалась канадским Законом о радиосвязи (1985 в ред. 2010)¹¹ на территории Канады, но запрещалась иностранным законодательством, в связи с чем *iCraveTV* ограничил использование своего сайта жителями Канады. При первом посещении сайта пользователи должны были ввести трехзначный канадский код области, отметить на сайте окно «Я в Канаде» и согласиться с условиями использования. Такого рода ограничения легко преодолевались иностранными пользователями, посещение которых составляло 45% трафика веб-сайта.

Компания *Twentieth Century Fox Film Corp* добивалась предварительного судебного запрета в целях предотвращения нарушения авторских прав и прав на товарный знак. Представители компании *iCraveTV* утверждали, что их действия были законными в Канаде и что сайт не был ориентирован

⁷ Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (27.09. 1968) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Специальное приложение. 1999. № 3. С. 196.

⁸ SG2 v. Brokat Informationssysteme Gmbh, Nanterre Court of Appeals, October 13, 1996. Available at: <http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/js09/kolize/web/pages/judikatura-brokat.html> (дата обращения: 10.11.2020)

⁹ HomeAway.com, Inc. v. Martin Hrdlicka case (2012). Available at: <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fc-cf/decisions/en/item/61674/index.do> (дата обращения: 17.10.2020)

¹⁰ Twentieth Century Fox Film Corp v. iCraveTV. 2000 WL 255989 (W.D.Pa). Available at: <https://studylib.net/doc/7905961/twentieth-century-fox-film-corp.-v.-icravetv> (дата обращения: 17.10.2020)

¹¹ Закон о радиосвязи Канады (Radiocommunication Act (R.S.C., 1985, c. R-2)). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/r-2/> (дата обращения: 19.11.2020)

на жителей США. Суд заключил, что ответчик технически не в состоянии предотвратить доступ американцев и предписал *iCraveTV* прекратить незаконную передачу телевизионных сигналов в США через Интернет.

Как видно из примеров споров, возникающих из коммерческих отношений сторон, из отношений в сфере интеллектуальной собственности, а также дел о защите чести и достоинства, суды, как правило, руководствовались при установлении своей юрисдикции фактом доступности информации на территории государства суда. Такой подход предопределяет необходимость постановки вопроса, может ли факт простого доступа к информации, размещенной в киберпространстве, являться основанием установления юрисдикции суда государства, с территории которого осуществляется данный доступ, и в каком случае доступность информации в Сети может отражать принцип проявления тесной связи элементов правоотношения и государства суда?

Преимущественно внимание исследователей при рассмотрении вопросов судебной юрисдикции по спорам в киберпространстве концентрируется на законодательстве и судебной практике США. Широкие основания установления судебной юрисдикции в США, сформированные задолго до развития киберпространства, вызывают интерес в контексте их применения к отношениям в цифровую эпоху.

Для того, чтобы суды штатов США могли рассматривать споры с участием иностранных лиц, в том числе когда истец предъявляет иск иностранному ответчику, они должны обладать персональной юрисдикцией. Персональная юрисдикция определяется положением о надлежащей правовой процедуре, предусмотренной в Конституции США и ст. 4 Федеральных правил гражданского судопроизводства (*Federal Rules of Civil Procedure*), в соответствии с которыми федеральный маршал или иное уполномоченное лицо может вручать судебные документы ответчику лишь в пределах того штата, в котором учрежден федеральный суд¹².

Эволюционирование американских юрисдикционных правил от территориально закрепленных принципов установления юрисдикции, на основе которых государства обладают полной властью только в пределах своих территориальных границ, до закрепления гибких оснований юрисдикции можно проиллюстрировать на основе судебных дел, рассмотренных судами США: *Pennoyer v. Neff*¹³ и *International Shoe Co. v. Washington*¹⁴. В деле *Pennoyer v.*

¹² Federal Rules of Civil Procedure. Available at: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf (дата обращения: 12.08.2020); Конституция США. Available at: <http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/Constitution.html> (дата обращения: 12.08.2020)

¹³ *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 720 (1878). Available at: URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/95/714/> (дата обращения: 12.08.2020)

¹⁴ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Available at: URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/326/310.html> (дата обращения: 12.08.2020)

Neff (1878) Верховный суд США постановил, что суд не вправе осуществлять юрисдикцию *in personam* в отношении ответчика, находящегося за пределами территории данного штата, в силу противоречия принципу надлежащей правовой процедуры, сформулированному в Конституции США.

Напротив, в деле *International Shoe Co. v. Washington* (1945) территориальный принцип установления юрисдикции пережил первое переосмысление. Именно в данном деле основания установления юрисдикции (согласие ответчика на подчинение его юрисдикции данного суда, место жительства ответчика по месту рассмотрения дела, физическое присутствие ответчика в штате, в котором рассматривается дело, в момент вручения повестки) было дополнено четвертым основанием персональной юрисдикции — принципом минимальных контактов. Под минимальными контактами понимается необходимое и достаточное количество контактов со штатом ответчика, которое позволяет суду рассматривать соответствующее дело при соблюдении принципа надлежащей правовой процедуры («*due process*»).

Впоследствии критерий, позволяющий устанавливать персональную юрисдикцию в отношении ответчиков-нерезидентов, если их деятельность каким-либо образом связана со штатом суда, получил название «правила длинной руки» (*long-arm statutes*). В п. (к) (1) ст. 4 Федеральных правил гражданского судопроизводства указано, что установление юрисдикции в отношении ответчика, находящегося за пределами штата, включает в себя два вопроса: позволяет ли правило длинной руки осуществить юрисдикцию в отношении ответчика и не нарушает ли установление персональной юрисдикции принцип надлежащей правовой процедуры¹⁵. Следует отметить, что специфика утверждения американскими судами своей юрисдикции оценивалась в доктрине в качестве чрезмерной, в большей степени характерной для французских судов, устанавливающих юрисдикцию по принципу гражданства¹⁶.

Подход, ориентированный преимущественно на истца, в доктрине объясняется правовой культурой, социальными факторами, сложившимися в США, в виде стимулирования лиц по обращению в суды, заинтересованностью общества в достижении справедливости посредством судебного разбирательства и т.п. [Michaels R., 2006: 1024]. Принимая во внимание, что подобный подход ставит ответчика в неоправданно невыгодное положение, тогда как истец получает возможность выбора наиболее удобного суда и правопорядка, в американской судебной практике были разработаны механизмы

¹⁵ Federal Rules of Civil Procedure; Конституция США.

¹⁶ Dinwoodie G. Private International Aspects of the Protection of Trademarks, WIPO Doc. No. — WIPO/PIL/01/4. 2001. P. 15. Available at: https://works.bepress.com/graeme_dinwoodie/37/ (дата доступа: 04.03.2020)

по ограничению юрисдикции судов штатов. Для государств, адаптирующих основания установления юрисдикции применительно к спорам в киберпространстве, указанные механизмы безусловно интересны.

2. Установление юрисдикции судов США в отношении споров в сфере интеллектуальной собственности

Из всего круга споров, вытекающих из деликтных отношений в киберпространстве, наиболее распространенными являются споры в сфере интеллектуальной собственности. Данное обстоятельство обусловлено развитием современных информационных технологий, делающими возможным создание копий, по качеству не уступающих оригиналу, мгновенную передачу объектов, содержащих результаты творческой деятельности, а также размещение данных объектов в Сети. Свободный доступ к соответствующим объектам обуславливает постановку вопроса, какой суд вправе осуществлять юрисдикцию: суд страны, где размещена такая информация, суд страны места нахождения соответствующего оборудования, предоставляющего доступ к такой информации, или суд страны, с территории которой осуществлен доступ к данной информации.

При установлении судебной юрисдикции в отношении товарных знаков в США, как правило, используется территориальный подход, а именно компетенция суда того штата, где нарушены права на товарный знак правообладателя. В соответствии с §1121 Закона США о товарных знаках (Закон Лэнхэма — Lanham Act, 1946), который включен в гл. 22 Кодекса США, суды США обладают исключительной юрисдикцией в отношении патентных споров, а также споров, вытекающих из товарных знаков¹⁷.

К одному из наиболее сложных дел по спорам о товарных знаках стало дело *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.*, в котором выяснялась возможность установления юрисдикции суда на основании доступности веб-сайтов, содержащих рекламную информацию, нарушающую права правообладателя товарного знака¹⁸. Компания *CyberGold*, инкорпорированная в Калифорнии, оказывала рекламодателям услуги по рассылке соответствующей рекламы заинтересованным пользователям, списками которых располагала компания. В этих целях *CyberGold* создала веб-сайт *www.cybergold.com* для продвижения своих будущих онлайн-услуг. Ранее чем компания *Cybergold*

¹⁷ Available at: <https://www.bitlaw.com/source/15usc/1121.html> (дата обращения: 18.10.2020)

¹⁸ *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996). At 1330. Available at: URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/947/1328/1453704/> (дата обращения 17.03.2020)

запустила свой сайт, учрежденная в штате Миссури корпорация *Maritz* предлагала идентичные онлайн-услуги через собственный веб-сайт *www.goldmail.com*.

С момента создания компанией *Cybergold* веб-сайта из 311 обращений пользователей Интернета 180 приходилось на Миссури. Компания *Maritz* предъявила иск к калифорнийской компании *Cybergold* в суд Миссури, основанием которого явились нарушение прав на товарный знак и недобросовестная конкуренция. Суд Миссури постановил, что он обладает персональной юрисдикцией на основании того, что *Cybergold* использует товарный знак, сходный до степени смешения с товарным знаком компании *Maritz* на своих онлайн-сервисах, которые могут быть доступны потребителям в Миссури через Интернет. Таким образом, основанием юрисдикции стали экстерриториальные последствия действий ответчика в виде экономического ущерба компании *Maritz*¹⁹.

Данное дело вызывает интерес тем, что суд, устанавливая свою юрисдикцию на основании минимальных контактов в соответствии с правилами надлежащего процесса, применил пятичастный подход. Во-первых, характер и природа контактов с соответствующим штатом суда. Несмотря на то, что *CyberGold* охарактеризовала свою деятельность как поддержание «пассивного веб-сайта», ее целью был охват всех пользователей Интернета независимо от их места нахождения. Во-вторых, количество этих контактов – *CyberGold* передавала информацию о своих услугах в Миссури примерно 131 раз. В-третьих, установление связи между основанием иска и соответствующими контактами — основанием иска явился ущерб, причиненный истцу в результате использования ответчиком его товарного знака на своем веб-сайте. В-четвертых, заинтересованность штата суда в разрешении этого дела в отношении своих резидентов — суд штата Миссури имел интерес в разрешении данного дела, чтобы определить, нарушаются ли права компании штата на товарный знак. В-пятых, удобство сторон — рассмотрение спора в суде истца не являлось обременительным для ответчика в соответствии с традиционными понятиями честной игры и надлежащего правосудия²⁰.

Указанное дело также примечательно тем, что ответчики-нерезиденты были привлечены к суду только на основании наличия рекламного веб-сайта, доступного для резидентов штата суда. Хотя истец (корпорация-нерезидент) не заключал никаких договоров с компанией ответчика, факт посещения веб-сайта стал основанием для установления юрисдикции суда по месту нахождения компании-истца. Уязвимость данного подхода заключалась в способствовании созданию ситуации *forum shopping*, когда истец на-

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

делен правом выбора наиболее привлекательной юрисдикции. В более поздних делах доступность веб-сайта не была признана в качестве основания для установления судебной юрисдикции.

В деле *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc* в связи с нарушением прав на результаты интеллектуальной деятельности суд отказал в своей юрисдикции, отметив, что «в противном случае каждая жалоба, возникающая в связи с предполагаемым нарушением прав на товарный знак в Интернете, автоматически приведет к персональной юрисдикции, где бы ни находилось основное место деятельности истца»²¹.

В деле *Bensusan Restaurant Corp.v. King* суд также отказал в своей юрисдикции. Владелец ресторана «*The Blue Note*» в Нью-Йорке возбудил иск о нарушении прав на товарный знак и о недобросовестной конкуренции в суде Нью-Йорка против управляющего клубом под таким же названием — резидента штата Миссури²². На сайте клуба в Миссури «*The Blue Note*» осуществлялась реклама музыкальных представлений, а также посетителям предлагалось приобрести билеты по телефону. При этом получить билеты посетители могли только непосредственно в клубе Миссури. Кроме того, на веб-сайте клуба имелось предупреждение, что не следует путать клуб «*The Blue Note*» с рестораном «*The Blue Note*» в Нью-Йорке.

Суд счел, что только лишь факт размещения рекламы в Интернете не является достаточным для установления юрисдикции суда по правилу длинной руки и не соответствует принципу надлежащего процесса. Суд постановил, что веб-сайт клуба в Миссури не является предложением о продаже продукта в Нью-Йорке, владелец клуба не участвовал в трансграничной торговле и соответственно не мог ожидать, что его веб-сайт будет иметь последствия в Нью-Йорке. Осведомленность владельца клуба в Миссури о ресторане в Нью-Йорке не является достаточной для установления личной юрисдикции в суде Нью-Йорка²³.

В более поздних делах (*Grober v. Mako Products, Inc.*) суд также не принимал в качестве основания установления юрисдикции сам факт размещения в Сети рекламы²⁴. Размещение видеороликов в видео-хостинге *Youtube* также не признавалось достаточным основанием установления судебной юрисдикции, поскольку, как установил суд, данный видео-хостинг имеет пассивный

²¹ *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414, 420 (9th Cir. 1997). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/3207> (дата обращения: 14.09.2020)

²² *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/126/25/497864/> (дата обращения: 12.04.2019)

²³ *Ibid.*

²⁴ *Grober v. Mako Products, Inc.*, 686 F.3d 1335, 1347 (Fed. Cir. 2012). Available at: <https://www.leagle.com/decision/infco20120730104> (дата обращения: 20.03.2021)

характер, не направлен на клиентов в определенном штате и не позволяет осуществлять сделки купли-продажи²⁵.

Итак, в отношении споров, возникающих из причинения вреда, наиболее распространенными из которых стали дела по нарушению прав на результаты интеллектуальной деятельности, суды по мере развития судебной практики стали принимать во внимание как объективную, так и субъективную составляющую. Объективная составляющая проявляется в виде характера деятельности ответчика, выражающейся в оценке количества контактов и последствий этой деятельности в штате суда. Субъективная составляющая выражается в ориентировании деятельности ответчика на штат суда, которое свидетельствует о разумном ожидании ответчика быть привлеченным к суду ответчика.

3. Установление юрисдикции судов США в отношении споров, вытекающих из коммерческой деятельности в киберпространстве

Ранее развития коммерческих отношений в киберпространстве Верховный суд США определил, что юрисдикция не может быть установлена в отношении ответчика-нерезидента, если его контакты со штатом суда, инициировавшим судебный процесс, имеют случайный и непреднамеренный характер (дело *Hanson v. Denckla* (1958))²⁶. Впоследствии в деле *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*²⁷ суд постановил, что установление судебной юрисдикции должно отвечать принципу справедливости к ответчику в виде предвидения ответчиком юрисдикции соответствующего суда. В ряде дел суды приходили к выводу о необходимости руководствоваться «непрерывным и систематическим» характером контактов (*LSI Indus. Inc. v. Hubbell Lighting, Inc.*; *Helicopteros Nacionales de Colombia, SA v. Hall*)²⁸.

²⁵ Miller Industries Towing Equipment Inc., v. NRC Industries NO. 1:19-CV-00095 (E.D. Tenn. Apr. 16, 2020). Available at: <https://casetext.com/case/miller-indus-towing-equip-inc-v-nrc-indus> (дата обращения: 20.03.2021)

²⁶ Elizabeth Donner Hanson v. Katherine N. R. Denckla United States Supreme Court, 357 U.S. 235, 78 S. Ct. 1228, 2 L. Ed. 2d 1283 (1958). Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/357/357.US.235.107.117.html> (дата обращения: 12.08.2020)

²⁷ World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/286/> (дата обращения: 12.08.2020)

²⁸ LSI Indus. Inc. v. Hubbell Lighting, Inc.//Available at: URL:<https://casetext.com/case/lsi-industries-inc-v-hubbell-lighting> (дата обращения: 20.03.2021); *Helicopteros Nacionales de Colombia, SA v. Hall*, 466 USA 408, 414–16, 104 S.Ct. 1868, 80 L.Ed.2d 404 (1984). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/408/> (дата обращения: 20.03.2021)

В 1984 г. ограничением установления персональной юрисдикции суда стал тест Колдера («тест эффекта»), введенный Верховным Судом США в деле *Calder v. Jones*²⁹. Этот тест позволяет суду устанавливать юрисдикцию в отношении целенаправленной деятельности ответчика на территории другого штата, если последствия (эффект) данной деятельности затрагивают штат суда, инициировавшего судебный процесс. Целенаправленность действий ответчика имеет место, если: действия ответчика имеют намеренный характер; характер деятельности ориентирован на соответствующий штат места нахождения суда; основной эффект данной деятельности будет иметь место в соответствующем суде штата.

Изначально суды США при установлении своей юрисдикции в отношении споров в киберпространстве не применяли теста Колдера, что дало возможность реализовывать юрисдикцию, используя принцип минимальных контактов, на основании доступности данной информации с территории штата суда. При этом при установлении юрисдикции в отношении коммерческой деятельности в киберпространстве суды исследовали характер коммерческих контактов и субъективный фактор предвидения ответчиком юрисдикции судов других штатов. Так, в деле *CompuServe v. Patterson* суд постановил, что техасская компания *Patterson*, осуществлявшая загрузку и дальнейшую продажу программного обеспечения через информационную систему фирмы *CompuServe*, которая находилась в штате Огайо, должна быть подчинена юрисдикции данного штата. Данный вывод был аргументирован существенным характером контактов компании *Patterson* с резидентами Огайо, что предполагало возможность компании предвидеть вероятность привлечения к суду штата Огайо³⁰.

Модификация правила минимальных контактов в условиях киберпространства была осуществлена в деле *Zippo Manuf. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.* и выразилась в установлении скользящей шкалы квалификации Интернет-сайтов на три категории: активные, пассивные и интерактивные³¹. На одном конце скользящей шкалы имеют место пассивные веб-сайты, на которых ответчик размещает доступную другим пользователям информацию в Интернете, на другом — активные веб-сайты, посредством которых осуществляются деятельность и непосредственный информационный контакт владельца сайта с резидентами других штатов или государств. Скользящая

²⁹ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/> (дата обращения: 14.09.2020)

³⁰ *CompuServe, Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996). Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Jurisdiction/CompuservevPatterson.pdf> (дата обращения: 14.09.2020)

³¹ *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/collages/46151> (дата обращения: 14.01.2021)

шкала позволяет определить характер и природу коммерческой деятельности, которую субъект осуществляет через Интернет. Надлежащей персональной юрисдикция судов будет если информационные контакты с резидентами других штатов и государств порождают прямые фактические отношения, выражающиеся в целенаправленной и периодически осуществляемой передаче компьютерных файлов через Интернет. Этот тест получил название тест «Зиппо» («Zippo test»).

Американскими судами не выработано четких критериев оценки интерактивности веб-сайта в целях решения юрисдикционных вопросов. Очевидно, составить исчерпывающий список факторов, определяющих интерактивность сайта, невозможно, и суду необходимо в каждом случае самостоятельно оценивать обстоятельства дела и выявлять совокупность признаков, свидетельствующих о частоте и интенсивности контактов. В некоторых судебных решениях было установлено, что сам по себе интерактивный сайт не является достаточным основанием для установления юрисдикции суда, если фактически к указанному сайту не осуществлялся доступ с территории штата³².

В доктрине в отношении обеих тестовых систем — теста «Колдера» и теста «Зиппо» — применительно к отношениям в киберпространстве был высказан ряд критических замечаний. В качестве недостатков теста Колдера обозначена трудность его применения к спорам в киберпространстве³³. Данный факт объясним тем, что когда разрабатывался тест, не ставилась задача его адаптивности к отношениям онлайн. Применение теста Колдера больше ориентировано на характер действий ответчика и оценку их последствий, тогда как тест Зиппо преимущественно оценивает количественный уровень интерактивности соответствующих веб-сайтов.

Учеными отмечается также субъективность теста Колдера и большая адаптивность теста Зиппо в отношении онлайн-операций, что подтверждается высокой цитируемостью теста Зиппо в американских судах [Jiménez W., 2015: 24]. В то же время тест Зиппо также подвергается критике из-за его излишней формальности, основанной на механическом подсчете интерактивных контактов [Bermann P., 2002: 514]. Российские авторы отмечали

³² People Solutions, Inc. v. People Solutions Inc., 2000 WL 1030619, F. Supp.2d (N.D. Tex. July 25, 2000); Millennium Enters., Inc. v. Millennium Music L.P., 33 F. Supp. 2d 907 (D.Or. 1999). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/33/907/2518997/> (дата обращения: 14.08.2020); Rothschild Berry Farm v. Serendipity Group LLC, 84 F. Supp. 2d 904 (S.D. Ohio 1999). Available at: <https://casetext.com/case/rothschild-berry-farm-v-serendipity-group-llc> (дата обращения: 14.08.2020)

³³ Gladstone J. Determining Jurisdiction in Cyberspace: The “Zippo” Test or the “Effects” test? // Available at: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Jurisdiction/GladstoneDeterminingJurisdiction.pdf> (дата обращения: 02.08.2020)

моральное устаревание теста Зиппо ввиду интерактивности подавляющего большинства веб-сайтов (возможность проставления лайков, комментариев, установку мобильных приложений и т.п.)³⁴. Кроме того, технологичность теста Зиппо не позволяет определить уровень интерактивности сайта, нужный для установления юрисдикции³⁵. Проблематичность применения теста можно объяснить и структурой современных сайтов, которые могут содержать различные гипертекстовые ссылки. Если все сайты по умолчанию признавать интерактивными, то это создает широкие основания для установления экстерриториальной юрисдикции.

Концепция деления сайтов на активные и пассивные была подвергнута критике в иностранной доктрине в контексте ее применения к потребительским отношениям. Пассивный веб-сайт, предлагающий только рекламные объявления, может инициировать покупателя к заключению договора, тогда как интерактивный или активный сайт не во всех случаях влияет на решение о покупке [Tang Z., 2014: 254–284]. В связи с этим целесообразно согласиться с позицией, что при определении направленной деятельности необходимо руководствоваться оценкой не характера сайта (пассивный, активный, интерактивный), а последствиями, порождаемыми функционированием данного сайта³⁶.

Принимая во внимание отдельные несовершенства теста Зиппа, суды в ряде дел отказывались применять его для анализа минимальных контактов, исследуя вместо этого, имело ли место «таргетирование» сайта (*targeting approach*). В основе анализа таргетирования (*targeting-based analysis*), введенного М. Гейстом [Geist M., 2001: 22–23], лежит исследование целевой направленности сайта на то или иное государство, учитывая такие факторы, как содержание сайта, а также используемые язык и валюта. По мнению П. Бермана, оценка ориентированности ответчика на определенную территорию (таргетирование) — более предпочтительный критерий установления судебной юрисдикции по сравнению с исследованием степени интерактивности соответствующего веб-сайта [Bermann P., 2002: 418, 419].

В качестве ограничительного критерия американские суды также использовали практически идентичный по содержанию с критерием целевой направленности (таргетированием) критерий направленной деятельности (*directing activity*) ответчика на определенный штат³⁷. Подобный подход был

³⁴ Хусаинов Р.И. Судебная юрисдикция в трансграничных спорах о нарушении прав на товарные знаки в Интернете. Опыт США. Available at: URL: <http://www.gorodissky.ru/publications/articles/sudebnaya-yurisdiksiya-v-transgranichnykh-sporakh-o-narushenii-prav-na-tovarnye-znaki-v-internete-o/> (дата обращения: 11.11.2020)

³⁵ Там же.

³⁶ Там же.

³⁷ Tamburo v. Dworkin, 601 F.3d 693, 703 (7th Cir. 2010). Available at: <https://casetext.com/case/tamburo-v-dworkin> (дата обращения: 15.07.2020)

поддержан в доктрине: установление юрисдикции должно происходить на основании правовой связи деятельности ответчика с определенным штатом, которая должна быть ориентирована на данный штат, и основание иска должно вытекать из данной деятельности [Bettinger T., Thum D., 2000: 162, 163]; [Brand R., 1998: 154–155.]. Поскольку у соответствующей направленной деятельности ответчика имеется цель ее ориентирования на определенный штат, в этом контексте целесообразно говорить о целенаправленной деятельности ответчика.

Вопрос о необходимости адаптации модели Zippo при установлении юрисдикции суда в отношении деятельности в киберпространстве был поставлен в деле ALS Scan v. Digital Service Consultants, где суд указал, что штат может в соответствии с надлежащей правовой процедурой осуществлять судебную власть над лицом, находящимся за пределами данного штата, если это лицо: 1) направляет электронную деятельность на соответствующее государство; 2) имеет явное намерение осуществлять деловую или иную деятельность в соответствующем штате; иск вытекает из соответствующей деятельности ответчика³⁸. Таким образом, пока не доказано обратного, презюмируется, что информация в Интернете никуда не направлена [Spencer A., 2006: 88].

Целенаправленная деятельность исследовалась судами и в спорах, вытекающих из отношений в сфере интеллектуальной собственности. Так, в деле *Millennium Enterprises v. Millennium Music*³⁹ к компании, находящейся в штате Каролина, был предъявлен иск компанией, находящейся в штате Орегон, по нарушению товарного знака «*Millennium Music*». Обе компании продавали продукцию через веб-сайт. Суд выявил, что веб-сайт ответчика являлся интерактивным. При этом такая промежуточная категория скользящей шкалы, как интерактивная деятельность ответчика нуждается в дополнительной конкретизации в целях установления персональной юрисдикции, а именно направленной деятельности (*deliberate action*) ответчика на территорию штата суда. Поскольку компания, находящаяся в Каролине, не осуществляла целенаправленной деятельности на штат Орегон, суд постановил, что он не может осуществлять юрисдикцию на основании принципа минимальных контактов⁴⁰.

Критерий целенаправленной деятельности также использовался и в спорах по причинению вреда в так называемых спорах по киберсквотингу.

³⁸ *ALS Scan, Inc. v. Digital Serv. Consultants, Inc.*, 293 F.3d 707, 714-15. Available at: <https://casetext.com/case/als-scan-inc-v-digital-service-consultants> (дата обращения: 15.06.2020)

³⁹ *Millennium Enterprises v. Millennium Music, LP*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/33/907/2518997/> (дата обращения: 14.01.2021)

⁴⁰ *Ibid.*

В деле *Panavision v. Toeppen*⁴¹ ответчик, находящийся в Иллинойсе, зарегистрировал сайт *Panavision.com* с намерением продавать доменное имя истцу, находящемуся в Калифорнии. Суд постановил, что ответчик осуществлял целенаправленную деятельность в Калифорнии, где имели место вредоносные последствия от этой деятельности. В данном деле был применен тест последствий деятельности, первоначально сформулированный в упомянутом деле *Calder v. Jones*⁴².

В проекте Американской ассоциации юристов о юрисдикции в киберпространстве (2000) было также предложено, что основания установления как персональной, так и предписывающей юрисдикции должны быть едиными и распространяться не только в отношении ответчиков, находящихся в соответствующем государстве, но и в отношении ответчика, который ориентирует свою деятельность на данное государство. Юрисдикция также может быть установлена, если спор возникает из функционирования веб-сайта, который, хотя и не нацелен на государство, но является интерактивным, и ответчик может предполагать установление в его отношении юрисдикции суда соответствующего государства⁴³.

В российской доктрине подход целевой направленности (таргетирования) обозначается в качестве транслитерации «таргетинг» [Мажорина М.В., 2020: 253] и переводится как цель или нацеленность [Шугурова И., 2017: 45–52]. Следует отметить, что «таргетирование» преимущественно рассматривается в исследованиях по маркетингу, в рамках которого указанный подход предполагает исследование персональных эмоционально-психологических особенностей человека, позволяющих распространителям рекламы ориентироваться на потребительские предпочтения⁴⁴. В российском законодательстве используются критерий направленной деятельности применительно к вопросам установления применимого права к потребительским отношениям в ст. 1212 Гражданского кодекса Российской Федерации и критерий направленной рекламы при установлении судебной юрисдикции применительно к потребительским спорам в п. 2 ч. 3 ст. 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

⁴¹ *Panavision Intern., LP v. Toeppen*, 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/945/1296/1457774/> (дата обращения: 20.02.2021)

⁴² *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/> (дата обращения: 14.09.2020)

⁴³ American bar association global cyberspace jurisdiction project, achieving legal and business order in cyberspace: a report on global jurisdiction issues created by the Internet // *Business Law*. 2000. Vol. 55. P. 1801, 1834.

⁴⁴ Mail.ru научит рекламу определять психотип пользователей. Available at: URL: <https://news.rambler.ru/internet/39196831-mail-ru-group-budet-targetirova> (дата обращения: 1.08.2020)

В американской судебной практике использование критерия «направленной деятельности» имело место и в отношении блок-чейн приложений, представляющих собой алгоритм с децентрализованным хранилищем данных в отсутствие центрального администратора. Осуществление операций независимо от физического местонахождения вовлеченных в данные операции лиц позволило сделать вывод, что сложности установления юрисдикции государственных судов обуславливают необходимость организации арбитражных процессов, адаптированных индивидуально к участникам блок-чейн-приложения [Брой У.Ш., 2018: 13-20].

В то же время в деле *Alibaba Group Holding Ltd v. Alibabacoin Foundation*⁴⁵ судом США была обоснована юрисдикция в отношении ответчиков-нерезидентов по спорам о криптовалютах и операциям блокчейн на основании устоявшегося в судебной практике критерия «целенаправленной деятельности». Истец *Alibaba Group Holding Ltd.* подал в суд на ответчиков из Дубая и Беларуси, использовавших торговую марку истца для продажи своей криптовалюты «*AlibabaCoin*». Ответчики утверждали, что суд не обладает юрисдикцией, поскольку они не являются резидентами США, сделки были заключены не в США, записи всех операций, составляющих блок-чейн, были осуществлены в Беларуси. Однако суд счел, что установление юрисдикции соответствует правилу о надлежащей правовой процедуре, предусмотренному в Конституции США, если, среди прочего, иностранный ответчик заключает сделки в Нью-Йорке, сделка является целенаправленной и есть существенная связь между сделкой и заявленным требованием.

Суд также пояснил, что «было бы странно говорить, что сделка совершается в более удаленном месте нахождения серверов, которые обрабатывают платежи покупателя, а не в том месте, где покупатель нажимает кнопку, что обязывает его соблюдать условия продажи». Такой подход установления юрисдикции не вполне корректен ввиду того, что место заключения договора не всегда имеет связь с соответствующим отношением.

Также практика американских судов не исключает применения традиционных критериев, построенных по принципу локализации элементов спорного правоотношения на определенной территории, к отношениям в киберпространстве. В споре *Plus system, Inc.v. New England Network, Inc.*⁴⁶ стороны договорились проводить электронные расчеты через специальную платежную систему, управляемую истцом. Юрисдикция суда была признана по месту нахождения центрального компьютера этой платежной системы (штат Колорадо).

⁴⁵ *Alibaba Group Holding Limited v. Alibabacoin Foundation et al*, No. 1:2018cv02897 — Document 137 (S.D.N.Y. 2018). Available at: law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2018cv02897/491216/137/ (дата обращения: 09.09.2020)

⁴⁶ *Plus system, Inc.v. New England Network, Inc.* 804 F.Supp.111,1992 U.S. Dist.

В деле *Office Depot, Inc v. Zuccarini* суд счел, что по калифорнийскому праву доменные имена расположены там, где имела место их регистрация для целей установления юрисдикции *quasi in rem*. Обоснование такой юрисдикции было построено на том, что необходимо назначить ответственное лицо, под контролем которого могли бы быть проданы те или иные доменные имена в ходе исполнительного производства⁴⁷.

В деле *MacDermid, Inc. v. Deiter* 2012 г.⁴⁸ истец (американская компания, расположенная в Коннектикуте) подал в суд на ответчика, работающего в канадской дочерней компании *MacDermid*, в связи с отправкой ответчиком конфиденциальной информации компании со своей учетной записи электронной почты компании *MacDermid* на свою личную учетную запись. Хотя все факты нарушения конфиденциальной переписки имели место в Канаде, факт использования находящегося в Коннектикуте сервера был положен в основу установления юрисдикции американского суда.

Следует отметить, что использование таких технических критериев для установления судебной юрисдикции, как место нахождения сервера, информационной системы центрального компьютера не являются эффективными в целях установления юрисдикции. Такого рода критерии зачастую не отображают связи отношения с государством суда и соответственно обнаруживают уязвимость ответчиков-нерезидентов при заключении сделок со стороной, находящейся на территории США.

4. Юрисдикция американских судов по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации

Разработка американскими судами ограничительных механизмов в целях установления судебной юрисдикции (тест Колдера, тест Зиппо) не свидетельствует о том, что каждый последующий механизм отвергает адекватность применения предыдущего. Данные тесты не должны квалифицироваться как взаимоисключающие. Можно сделать упрощенное допущение, что тест Колдера больше ориентирован на случаи установления судебной юрисдикции применительно к деликтным спорам, тогда как тест Зиппо может быть использован для определения юрисдикции при осуществлении коммерческой деятельности в Интернете.

⁴⁷ *Office Depot, Inc v. Zuccarini*, 596 F.3d 696 (9th Cir. 2010). Available at: <https://www.courtlistener.com/opinion/1309309/office-depot-inc-v-zuccarini/> (дата обращения: 14.07.2020)

⁴⁸ United States Court of Appeals for the Second Circuit, No. 11-5388-cv, p. 5-6 (26-12-2012) *MacDermid, Inc. v. Jackie Deiter*. Available at: http://www.internetcases.com/library/cases/2012-12-26_macdermid_v_deiter.pdf (дата обращения: 12.08.2020)

Из всего круга деликтных споров отдельного внимания заслуживают дела о защите чести, достоинства и деловой репутации в киберпространстве. Следует отметить, что на первых порах развития киберпространства как среды социальных отношений американские суды устанавливали свою юрисдикцию только лишь на основании доступности материалов на территории штата суда (*Telco Communications v. An Apple A day*)⁴⁹.

В более поздних делах суд одного штата отказался исполнять решение, вынесенное судом другого штата, поскольку последний мог принять дело к своему рассмотрению только в случае целенаправленной вредоносной деятельности ответчика в штате суда (*Griffis v. Luban*)⁵⁰. Суд отметил, что для установления юрисдикции штат суда должен быть центром вредоносной деятельности ответчика, тогда как одна лишь осведомленность ответчика о том, что истец проживает и работает в Алабаме, не свидетельствует о целенаправленной деятельности ответчика на данный штат. Таким же образом суд Пенсильвании не установил свою юрисдикцию по делу *English Sports Betting Inc. Tostigan*⁵¹ в связи с тем, что ответчик не ориентировал свою вредоносную деятельность специально на Пенсильванию.

В иностранной доктрине судам было предложено устанавливать свою юрисдикцию в отношении информации, порочащей честь и достоинство, исходя из возможности доступа к размещенной на сайте информации. Если доступ к сайту ограничен паролями и логинами, факт его посещения лицами иностранного государства будет свидетельствовать об ориентированности размещенной на сайте информации на указанное государство. Открытый неограниченный доступ к ресурсу, обращение к которому возможно из любого места и в любое время, предполагает возможность установления юрисдикции в суде государства исходя из оценки обстоятельств, свидетельствующих о направленности сайта именно на государство истца [Posada O., 2005: 288-289]. Информацию, доступ к которой осуществляется посредством введения пароля или логина, авторы относят к открытой информации, если владельцем сайта не осуществляются контроль и ограничение посещения указанного сайта. Такого рода технологический прием, ясно позволяет определить факт предвидения ответчиком юрисдикции иностранного суда.

В то же время не всегда целесообразно использовать всю совокупность трех составляющих теста Колдера (целенаправленное ориентирование дея-

⁴⁹ *Telco Communications v. An Apple A day*. 977 F. Supp. 404 (E.D. Va. 1997). Available at: <https://casetext.com/case/telco-communications-v-an-apple-a-day> (дата обращения: 20.07.2020)

⁵⁰ *Griffis v. Luban*. No. C3-01-296. 2002. Available at: <https://caselaw.findlaw.com/mn-supreme-court/1170484.html> (дата обращения: 20.07.2020)

⁵¹ *English Sports Betting Inc. Tostigan*. Civil Action No. 01-2202 (E.D. Pa. Mar. 15, 2002). Available at: <https://casetext.com/case/english-sports-betting-inc-v-tostigan-edpa-2002> (дата обращения: 09.09.2020)

тельности ответчика на определенный штат, намеренный характер действий ответчика и эффект от данной деятельности в соответствующем суде) применительно к спорам о диффамации.

Отсутствие критерия целенаправленной деятельности ответчика на конкретный штат при наличии намеренного характера его действий по причинению вреда и эффекта от этой деятельности в штате истца не должно освобождать ответчика от юрисдикции суда истца.

Факт намеренного характера действий ответчика по причинению вреда истцу, составляющий субъективную сторону его действий, и наличие объективных обстоятельств в виде наличия последствий на территории штата суда могут быть в ряде случаев достаточными условиями установления юрисдикции. Так, С. Лудингтон критиковал постановку вопроса о юрисдикции американского суда в деле *Young v. New Haven Advocate*⁵² в зависимости от направленной деятельности ответчика, распространяющего в Интернете информацию, нарушающую честь и достоинство истца, на штат места жительства последнего. Автор отметил, что истцу создается некомфортная ситуация, когда он должен доказывать, что ответчик создал веб-сайт намеренно и в отношении именно тех пользователей, которые находятся в штате суда, что, в свою очередь, способствует созданию безопасной гавани для ответчиков [Ludington S., 2012: 542–543, 553].

С. Лудингтон делает вывод, что отсутствие универсального механизма, лежащего в основании того или иного теста установления юрисдикции, предполагает необходимость оценивания судами совокупности факторов, принимая во внимание публичные интересы государства суда в рассмотрении иска, заинтересованность истцов в рассмотрении спора в суде истца, оценке бремени, лежащем на ответчике при рассмотрении дела в суде другого государства [Ludington S. 2012: 574].

Заключение

В условиях реализации отношений в киберпространстве установление судебной юрисдикции на основании места жительства и места нахождения ответчика перестает играть роль ключевого критерия.

Гибкие критерии установления юрисдикции можно признать наиболее успешными применительно к отношениям в киберпространстве, поскольку для того, чтобы нарушить законы того или иного государства, лицу не обязательно физически проникать на территорию данного государства. Адаптивность гибких оснований к отношениям, реализуемым в киберпространстве,

⁵² *Young v. New Haven Advocate*, 315 F.3d 256 (4th Cir. 2002). Available at: <https://casetext.com/case/young-v-new-haven-advocate> (дата обращения: 05.08.2020)

позволяет устанавливать суду юрисдикцию на основании ряда факторов, затрагивающих интересы государства (штата) суда при отсутствии места нахождения ответчика, его имущества и деятельности в государстве суда.

С другой стороны, гибкие основания обуславливают обострение экспансивного подхода установления судами своей юрисдикции, применимой ко всем отношениям, реализуемым в киберпространстве, основываясь только лишь на потенциальном доступе к информации с территории штата суда при отсутствии связи между отношением и территорией соответствующего штата.

Такого рода возможности предопределяют необходимость переосмысления юрисдикционных полномочий судов на основе принципа тесной связи, формы проявления которой в эпоху развития киберпространства не могут не претерпевать изменений по сравнению с теми представлениями о связи, которые имели место до его формирования.

Отсутствие универсального механизма, лежащего в основании ограничительных тестов (тест Колдера, тест Зиппо) предполагает необходимость оценивания судами всей совокупности субъективных, объективных и правовых факторов при установлении своей юрисдикции в целях нивелирования юрисдикционного конфликта. К субъективным факторам относятся такие обстоятельства, как анализ заинтересованности истцов в рассмотрении спора в суде истца; оценку бремени, лежащем на ответчике при рассмотрении дела в суде другого государства; целенаправленную деятельность ответчика на страну суда; предвидение ответчиком возможности рассмотрения спора в государстве суда; установление специальных фильтров, ограничивающих доступ к информации в киберпространстве. К числу объективных факторов необходимо относить характер и количество связей элементов спорного правоотношения с государством суда; установку фильтров, ограничивающих доступ к информации в киберпространстве.

При этом во всех случаях наряду с объективными и субъективными факторами суды принимают во внимание правовые факторы, содержащие в себе формально-прагматическую составляющую в виде проявления публично-правовых интересов государства суда в рассмотрении спора.

Применительно к спорам в киберпространстве может быть предложена ориентировочная комбинация соотношения объективных, субъективных факторов при установлении тесной связи.

В отношении споров, вытекающих из коммерческой деятельности в киберпространстве, необходимо устанавливать более долгие причинно-следственные связи, например, в виде объективного факта продаж, свидетельствующего о коммерческом потоке, а также оценки последствий функционирования сайта. При этом размещение и ориентирование информации

на страну суда не может признаваться достаточным, поскольку юрисдикция суда должна устанавливаться исходя из последствий функционирования соответствующего сайта, которые оцениваются исходя из степени интенсивности контактов сторон. Субъективная составляющая должна быть представлена в виде целенаправленной деятельности ответчика, которая свидетельствует о предвидении ответчиком установления юрисдикции суда истца. В равной степени такое соотношение объективных и субъективных факторов должно учитываться и применительно к спорам, возникающим в сфере интеллектуальной собственности.

В отношении споров о защите чести и достоинства смещение фокуса при решении юрисдикционного вопроса с фактора доступности информации на критерий целенаправленной деятельности ответчика на штат/государство истца не всегда целесообразно. Судам следует в первую очередь принимать во внимание объективную составляющую в виде доступности размещенной в сети информации пользователям, а также вредоносный характер последствий данного размещения на территории государства истца.

Таким образом, установление судебной юрисдикции в отношении споров в киберпространстве не может быть простым в силу необходимости использования многоаспектного дифференцированного анализа, включающего исследование нескольких факторов, исключая при этом формальный, механистический подход.



Библиография

Брой У.Ш. Блокчейн и кибервалюты: нужна ли новая законодательная база // Право и цифровая экономика. 2018. N 1. С. 13–20.

Мажорина М.В. Киберпространство и методология международного частного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. N 2. С. 230–253.

Шебанова Н.А. Конфликт юрисдикций: причины и следствия // Вестник ВАС. 2002. N 8. С. 133–140.

Шугурова И. Нарушение исключительных прав в Интернете: вопросы коллизионного регулирования // Авторское право и смежные права. 2017. N 10. С. 45–52.

Bermann P. The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, no 2, pp. 311–529.

Bettinger T., Thum D. (2000) Territorial Trademark Rights in the Global Village — International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet (Part One). *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2000, vol. 31, pp. 162–182.

Brand R. Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention. *Brooklyn Journal of International Law*, 1998, no 1, pp. 125–155.

Collier J. *Conflict of Laws*. Cambridge: University Press, 2012. 403 p.

Geist M. Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *BTLJ*, 2001, no 3, pp. 902–938.

Jiménez W. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. *Global Overview and Colombian cases*, 2015, vol. 26, pp. 13–62.

Kebede A. Kassim S. *Conflict of Laws*. Addis Ababa: University, 2009. 414 p.

Ludington S. Aiming at the Wrong Target: The “Audience Targeting” Test for Personal Jurisdiction in Internet Defamation Cases. *Ohio State Law Journal*, 2012, vol. 73, pp. 540–574.

Michaels R. Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, 2006, no 4, pp. 1003–1069.

Posada O. Jurisdictional problems in Cyberspace defamation. *International law. Revista colombiana de derecho internacional*, 2005, vol. 6, pp. 247–300.

Spencer A. Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts. *University of Illinois Law Review*, 2006, vol. 71, pp. 71–126.

Tang Z. (2014) Consumer contracts and the Internet in EU private international law / Savin A., Trzaskowski J. (ed.) *Research Handbook on EU Internet Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, pp. 254–284.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Legal Jurisdiction Concerning the Disputes in Cyberspace in the USA



L.V. Terentyeva

Associate Professor, Department of International Private Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., Moscow, 123995, Russian Federation. E-mail: terentevamila@mail.ru



Abstract

In the context of the development of modern digital means of communication, the article raises the question about the mechanism for establishing judicial jurisdiction for resolving cross-border private law disputes. The author makes comparison flexible and strict jurisdictional criteria regarding in relation to cyber-disputes. The article reveals both positive aspects of flexible criteria for establishing jurisdiction that are more appropriate for cyberspace platform and negative aspects that increase the probability of a jurisdictional conflict. The problems of the conflict of jurisdiction actualize the author’s appeal to the study of the bases of the realization of judicial jurisdiction. The author raises the question to what extent the manifestation of the jurisdiction based on flexible criteria in the era of cyberspace differs from the manifestation of jurisdiction before cyberspace. The author also analyzes the restrictive mechanisms developed in USA in relation to relations in cyberspace (the Calder test, the Zippo test), which leads to the conclusion that law enforcement agencies need to use a multidimensional differentiated analysis that includes the study of several factors, excluding a formal, mechanistic approach. Subjective factors include such circumstances as the analysis of the plaintiffs’ interest in considering the dispute in the plaintiff’s court; the assessment of the burden on the defendant when considering the case in a court of another state; the defendant’s purposeful activity in the country of the court; the defendant’s foresight of the possibility of considering the

dispute in the state of the court. Among the objective factors, it is necessary to include the nature and number of links between the elements of the disputed legal relationship with the State of the court. At the same time, in all cases, along with objective and objective factors, the courts take into account legal factors that contain a formal and pragmatic component in the form of a manifestation of the public legal interests of the State of the court in the consideration of the dispute. In relation to disputes in cyberspace, the author suggests an approximate combination of the ratio of objective and subjective factors in establishing a close relationship. The author applied private scholar methods-formal legal, comparative legal, sociological methods, as well as methods of formal logic (analysis, synthesis, abstraction, concretization, deduction, induction, analogy).



Keywords

state jurisdiction; international legal obligations; cyberspace; information and communication space; conflict of jurisdictions; judicial jurisdiction in cross-border disputes; Zippo test; Calder test.

Acknowledgments: article was prepared with the support of the Russian Fund for Fundamental Researches, Project N 18–29. 1606.

For citation: Terentyeva L.V. (2021) legal Jurisdiction Concerning the Disputes in Cyberspace in the USA. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 236–261 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.236.261



References

Bermann P.S. (2002) The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 151, no 2, pp. 311–529.

Bettinger T., Thum D. (2000) Territorial Trademark Rights in the Global Village — International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet (Part One). *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 31, pp. 162–182.

Brand R.A. (1998) Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, no 1, p p. 125–155.

Broy U., Sh. (2018) [Blockchain and cybercurrencies: is the new legislative background needed]. *Pravo i tsifrovaya ekonomika*, no 1, pp. 13–20. (in Russian)

Collier J. G. (2012) *Conflict of Laws*. Cambridge University Press, 403 p.

Geist M. (2001) Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *BTLJ*, vol. 16, no 3, pp. 902–938.

Jiménez W.G. (2015) Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. *Global Overview and Colombian cases*, vol. 26, pp. 13–62.

Kebede A. Kassim S. (2009) *Conflict of Laws*. Addis Ababa: Ethiopia, 414 p.

Ludington S.H. (2012) Aiming at the Wrong Target: The “Audience Targeting” Test for Personal Jurisdiction in Internet Defamation Cases. *Ohio State Law Journal*, vol. 73, pp. 540–574.

- Mazhorina M.V. (2020) [Cyberspace and methodology of private international law]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 230–253. (in Russian)
- Michaels R. (2006) Two Paradigms of Jurisdiction. *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, no 4, pp. 1003–1069.
- Posada O.C.V. (2005) Jurisdictional problems in Cyberspace Defamation. *International Law: Revista colombianade derecho internacional*, vol. 6, pp. 247–300.
- Shebanova N.A. (2002) [Conflict of jurisdictions: causes and consequences]. *Vestnik VAS*, no 8, pp. 133–140. (in Russian)
- Schugurova I. (2017) [Breach of exclusive rights on the Internet: Conflict of laws regulation]. *Avtorskoe pravo i smezhnie prava*, no 10, pp. 45–52. (in Russian)
- Spencer A. B. (2006) Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts. *University of Illinois Law Review*, vol. 71, no 102, pp. 71–126.
- Tang Z.S. (2014) Consumer contracts and the Internet in EU private international law / Savin A., Trzaskowski J. (ed.) *Research Handbook on EU Internet Law*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 254–284.

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.

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. Калашников*

Подписано в печать 15.06.2021. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 400 экз. Заказ №

Отпечатано в ФГУП «Издательство «Наука»
(Типография «Наука»)
121099, Москва, Шубинский пер., д. 6