Учредитель
Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия
А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)
Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)
С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)
Н.А. Богданова (МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)
В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)
А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)
Ю.В. Грачева (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)
С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)
Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)
И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)
А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)
Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)
А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)
Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)
А.И. Рарог (МГЮА им. О.Е. Кутафина, РФ)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)
Е.А. Суханов (МГУ им. М.Ю. Ломоносова, РФ)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)
Г.Г. Шинкарецкая (ИГП РАН, РФ)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор
И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ,РФ)

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, 2024

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

2/2024

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

С.А. Мосин
Свойства принципа конституционности нормативных правовых актов 4

О.В. Сергеева
Электронная торговля в архитектуре нормативного регулирования: поиск баланса интересов 23

М.Н. Малеина
Договор продажи с использованием автоматов в структуре вендинг-бизнеса 51

Ю.С. Харитонова
Наследование легализованных цифровых активов: коллизии и возможные направления совершенствования российского законодательства 74

Т. Абдулкадиров
Правовое положение «спящего» акционера в корпорации 96

Д.А. Братусь
Концептуализация содержания исключительного авторского права 114

С.В. Расторопов, В.А. Прорвич
Информационные основы современной уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов 143

Т.В. Кленова, В.А. Лазарева
Судебный штраф: проблема легитимизации по целям, основаниюи порядку прекращения уголовного дела 170

Л.М. Володина
Уголовный процесс: проблемы правового регулирования досудебного производства 195

Право в современном мире

В.А. Виноградов, Д.В. Кузнецова
Зарубежный опыт правового регулирования технологии «дипфейк» 215

Р.А. Шепенко
Опыт «свободных зон» Китайской Республики (Тайвань), или истоки маркировки «made in Taiwan» 241

Publisher
National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board
A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
J. Basedow (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany)
S.V. Bakhin (St. Petersburg State University, RF)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
S. Deakin (University of Cambridge, UK)
G. Dinwoodie (Chicago-Kent College of Law, Chicago, USA)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjiev (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Larichev (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)
N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief
I.Yu. Bogdanovskaya (HSE, RF)

Address:
3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per., Moscow 109028, Russia

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

Law
JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

2/2024

ISSUED QUARTERLY

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

S.A. Mosin
Properties of the Principle of Constitutionality of Normative Acts . . . 4

O.V. Sergeeva
E-commerce in Regulatory Architecture: Searching for a Balance of Interests 23

M.N. Maleina
Sales Agreement Using Machines in Structure of Vending Business 51

Yu.S. Kharitonova
Inheritance of Legalized Digital Assets: Conflicts and Possible Areas of Improving Russian Legislation 74

T. Abdulkadirov
Legal Status of a Sleeping Shareholder within a Corporation 96

D.A. Bratus'
Conceptualization of Exclusive Copyright Content 114

S.V. Rastoropov, V.A. Prorvich
Information Bases of Modern Criminal Law Protecting Subjects of Digital Economy and Finance 143

T.V. Klenova, V.A. Lazareva
Judicial Fine: Issue of Legitimization according to Goals, Grounds and Procedure for Termination of a Criminal Case 170

L.M. Volodina
Criminal Procedure: Issues of Regulating Pre-trial Proceedings . . 195

Law in the Modern World

V.A. Vinogradov, D.V. Kuznetsova
Foreign Experience in Legal Regulating Deepfake Technology . . . 215

R.A. Shepenko
The Republic of China (Taiwan) «Free Zones» Experience, or Origin of «Made in Taiwan» Tags 241

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 included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

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. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics.2024. Vol. 17, no 2.

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Научная статья
УДК: 342.41
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.4.22

Свойства принципа конституционности нормативных правовых актов

Сергей Анатольевич Мосин

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,
samosin@hse.ru, https://orcid.org/0000-0002-3403-7827

Аннотация

В статье исследуется принцип конституционности нормативных правовых актов в ракурсе его свойств: аксиоматичности, презумптивности и догматической фиктивности. Такие методы научного познания, как сравнительно-правовой, системно-структурный и формально-логический, в своем сочетании позволили рассмотреть и охарактеризовать указанные свойства и наиболее полноценно исследовать данный принцип. Поскольку конституционные принципы определяют направления развития правовой системы, обеспечивая при этом ее стабильность и возможность адаптации к изменяющимся условиям, такие принципы наряду с другими своими свойствами обладают аксиоматичностью, презумптивностью и догматической фиктивностью. В связи с этим целью настоящего исследования является подтверждение гипотезы о том, что принцип конституционности нормативных правовых актов, характеризующийся как требование неукоснительного соответствия положений нормативных правовых актов Конституции России, обладает совокупностью указанных свойств. Было установлено, что, обладая свойством аксиоматичности, рассматриваемый принцип формулирует имеющее характер непреложной исходной истины базовое правило — «закон должен быть конституционен», а в более широком смысле базовое правило может быть сформулировано как — «нормативный правовой акт должен быть законен». Обязывая правоприменителя исходить из предположения о соответствии нормативных актов положениям Конституции, данный принцип обладает свойством презумптивности, а правовая презумпция конституционности нормативных актов является важнейшим инструментом контроля за соблюдением верховенства Конституции России. Вместе с тем высокая степень нормативной обобщенности наделяет рассматриваемый принцип конституционности нормативных актов свойством догматической

© Мосин С.А., 2024

фиктивности. Такое свойство определяет потенциал данного конституционного принципа и позволяет раскрывать его правовое содержание. Обосновано, что в рамках конституционности нормативные акты должны отвечать в том числе требованиям принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, определенности, ясности, недвусмысленности и согласованности с системой правового регулирования. В нормативных актах также должны отсутствовать коррупциогенные факторы.

Ключевые слова

правовой принцип; конституционный принцип; свойства; конституционность нормативных актов; правовая аксиома; правовая презумпция.

Для цитирования: Мосин С.А. Свойства принципа конституционности нормативных правовых актов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 4–22. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.4.22

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

Research article

Properties of the Principle of Constitutionality of Normative Acts

Sergey A. Mosin

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, samosin@hse.ru, https://orcid.org/0000-0002-3403-7827

Abstract

The article studies the principle of constitutionality of normative legal acts in terms of its properties: axiomaticity, presumptiveness and dogmatic fictitiousness. Such methods of research, as comparative, systemic-structural and formal logical, in their combination allowed to consider and characterize these properties and thus to study this principle in the most comprehensive manner. Assuming the constitutional principles guide the development of the whole legal system, while ensuring its stability and ability to adapt it in a timely manner to changing circumstances, as appropriate, such principles among other properties have the properties of axiomaticity, presumptiveness and dogmatic fictitiousness. In this connection the purpose of the present study is to confirm the hypothesis that the principle of constitutionality of normative legal acts, characterized as a requirement of strict conformity of the Constitution of the Russian Federation with the provisions of normative acts, has a set of these properties. Thus in the course of the study it was established that while the principle in question is axiomatic, it formulates the basic rule — “the law must be constitutional”, which has the character of an immutable basic truth and, more generally, the basic rule may be formulated as “a normative legal act must be lawful”. In turn, obliging the enforcer to proceed from the

assumption of conformity of normative legal acts with the provisions of the Constitution, this principle has the property of presumptiveness, and the legal presumption of the constitutionality of normative legal acts is an essential tool for monitoring compliance with the supremacy of the Constitution. At the same time, a high degree of normative generality gives the considered principle of constitutionality of normative legal acts the property of dogmatic fictitiousness. This property determines the potential of the given constitutional principle and allows to reveal its legal content. It has been substantiated that, within the limits of its constitutionality, the normative legal acts adopted must meet, inter alia, the requirements of the principle of maintaining citizens' trust in the law and actions of the state, the requirements of certainty, clarity, unambiguity and consistency with legal regulation. In addition, there should be no corruption factors in legal acts.

Keywords

legal principle; constitutional principle; properties; constitutionality of normative acts; legal axiom; legal presumption.

For citation: Mosin S.A. (2024) Properties of the principle of constitutionality of normative acts. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 4–22 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.4.22

Введение

Конституция Российской Федерации[1] содержит целый комплекс взаимосвязанных и взаимодополняющих положений — конституционных принципов, лежащих в основе всего правового регулирования. Одним из таких принципов, несомненно, является принцип конституционности, который играет ключевую роль в развитии законодательства. Данный принцип рассматривается через призму двух составляющих, отраженных в ч. 1 и 2 ст. 15 Конституции: принципа конституционности деятельности субъектов правоотношений (органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию и законы) и принципа конституционности нормативных актов (Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории страны. Законы и иные правовые акты, принимаемые в России, не должны противоречить Конституции).

Конституционные принципы определяют направления развития правовой системы, обеспечивая при этом ее стабильность и возможность адаптации к изменяющимся условиям при необходимости. Наряду с другими своими свойствами такие принципы обладают свойства-

[1] См.: Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). Available at: URL: www.pravo.gov.ru (дата обращения: 01.02.2024)

ми аксиоматичности, презумптивности и догматической фиктивности. Целью настоящего исследования является подтверждение гипотезы о том, что принцип конституционности нормативных правовых актов, характеризующийся как требование неукоснительного соответствия положений нормативных актов Конституции, обладает совокупностью указанных свойств.

Рассмотрение свойств принципа конституционности нормативных актов проводилось с использованием системно-структурного, сравнительно-правового, формально-правового и формально-логического методов. Также использовались такие общенаучные методы, как синтез, дедукция, индукция и абстрагирование. Сочетание различных методов позволило наиболее объективно и всесторонним образом подойти к исследованию принципа конституционности нормативных актов в ракурсе указанных свойств.

1. Свойство аксиоматичности принципа конституционности нормативных правовых актов

Принцип конституционности нормативных актов, бесспорно, является ключевым элементом основ правового государства и неотъемлемой составляющей основополагающего принципа конституционности. Данный принцип следует охарактеризовать, с одной стороны, как требование неукоснительного соответствия Конституции положений нормативных правовых актов; с другой — как обязанность органов, наделенных соответствующими полномочиями принимать нормативные акты, строго следовать прежде всего положениям Конституции на всех стадиях принятия таких актов. Не вызывает сомнений, что соответствие нормативных актов Конституции зависит исключительно от принимающих их органов и должностных лиц. Это объясняется тем, что только принимающие нормативные акты органы и должностные лица закладывают в такие акты положения, которые должны соответствовать Конституции. Следует также отметить, что конституционность нормативных правовых актов также зависит от надлежащего соблюдения порядка их принятия. В связи с этим государству необходимо со всей ответственностью подходить к вопросам нормотворчества, уделяя должное внимание всем аспектам такой чувствительной для его надлежащего функционирования деятельности.

Обращаясь к вопросам конституционности нормативных актов, нельзя также не отметить важности доверия общества к деятельности государства, поскольку только в условиях доверия возможна полноценная реализация правовых норм. Как отмечает А.Н. Кокотов, в правовом

поведении непосредственную связь с доверием имеют такие ценности, как свобода и инициатива, равенство, равноправие и достоинство, стабильность правового регулирования, приоритет прав и свобод человека и гражданина [Кокотов А.Н., 2020: 50]. Очевидно, что первоочередной задачей органов, наделенных полномочиями принимать нормативные акты, является поддержание доверия граждан к своей деятельности на самом высоком уровне, поскольку от этого зависит эффективность функционирования всех государственных и общественных институтов.

Конституционность нормативных актов самым непосредственным образом связана с соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Лежащие в основе Конституции принципиальные положения, закрепляющие высшую ценность человека, его прав и свобод, приоритет прав и свобод человека и гражданина в своей взаимосвязи с другими конституционными установлениями обладают свойством аксиоматичности и тем самым определяют аксиоматичность всего спектра конституционных принципов, поскольку права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, а также деятельность органов власти. Основополагающий характер конституционных принципов обусловлен прежде всего свойством их аксиоматичности.

Принцип конституционности нормативных актов формулирует имеющее характер непреложной исходной истины базовое правило — «закон должен быть конституционен». В связи с тем, что конституционность нормативных актов неразрывно связана с их законностью (поскольку противоречащий закону нормативный акт не может являться конституционным, и наоборот), в более широком смысле базовое правило может быть сформулировано так: «нормативный акт должен быть законен».

Аксиоматичность данного конституционного принципа заключается, прежде всего, в том, что основанная на неотъемлемости и верховенстве прав и свобод человека и гражданина Конституция определяет содержание всей нормативной правовой базы, которая должна ей соответствовать. Вследствие этого требование конституционности нормативных правовых актов является непреложной исходной истиной. Обладая свойством аксиоматичности, рассматриваемый конституционный принцип определяет направление дальнейшего развития правовой системы в рамках сформулированного базового правила.

2. Свойство презумптивности и презумпция конституционности нормативных правовых актов

Конституция России, закрепляя принцип конституционности нормативных правовых актов, обязывает правоприменителя исходить из

предположения о соответствии нормативных актов положениям Конституции. Это обусловливает свойство презумптивности данного конституционного принципа. В свою очередь, корреспондирующая данному конституционному принципу презумпция конституционности нормативных правовых актов позволяет контролировать соответствиее положений нормативных актов Конституции, способствуя сохранению единства правовой системы страны.

По различным причинам нельзя исключить тот факт, что нормативный акт может быть принят вразрез с положениями Конституции. Практика Конституционного Суда Российской Федерации (далее — Конституционный Суд, КС) это подтверждает. В свою очередь, законодателю, а также иным органам и должностным лицам вменено в обязанность принимать акты, которые должны соответствовать положениям Конституции исходя из принципа конституционности и добросовестности деятельности таких органов и должностных лиц. В связи с этим в России применяется предположение, при котором все нормативные акты, принятые на ее территории, признаются соответствующими положениям Конституции. Иными словами, используется презумпция их конституционности, которую возможно охарактеризовать как косвенно закрепленное в нормах конституционного права предположение, при котором положения всех нормативных актов, принятых на территории страны, считаются соответствующими Конституции до того момента, пока иное не будет доказано в Конституционном Суде и оформлено его решением.

Опровержение данной правовой презумпции в силу полномочий КС, закрепленных в Конституции и Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации»[2], находится в его исключительной компетенции. Необходимо отметить, что в компетенцию КС не входит рассмотрение на соответствие Конституции определенного перечня нормативных актов. В этом перечне содержатся нормативные правовые акты субъектов федерации, изданных по вопросам, не относящимся к ведению федеральных органов государственной власти или к совместному ведению органов государственной власти федерации и органов государственной власти ее субъектов, нормативные акты федеральных министерств, федеральных служб, федеральных агентств и других федеральных государственных органов. Также КС не обеспечивает правовую охрану учредительных актов (конституций и уставов) субъектов Российской Федерации.

[2] См.: Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

Таким образом, из компетенции КС в сфере разрешения дел о соответствии Конституции есть определенные исключения. Тем не менее, исходя из смысла положений Конституции, на все нормативные акты распространяются требования принципа их конституционности. Соответственно, в отношении таких актов также действует презумпция их конституционности. Это, в свою очередь, еще раз подчеркивает верховенство Конституции Российской Федерации в системе российского права.

Уместно полагать, что нормативные акты, проверка конституционности которых не подпадает под компетенцию КС, считаются опосредованно конституционными в результате взаимодействия правовой презумпции конституционности нормативных правовых актов (опровержение которой осуществляется в порядке конституционного судопроизводства) и правовой презумпции законности нормативных актов (которая опровергается в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации вне рамок конституционного судопроизводства).

В данном случае в вопросе опровержения презумпции законности следует отметить деятельность судов общей юрисдикции, которые оценивают с точки зрения соответствия закону нормативные акты любого государственного или иного органа (указы Президента, постановления палат Федерального Собрания, постановления и распоряжения Правительства России, акты органов местного самоуправления, приказы и инструкции министерств и ведомств, руководителей учреждений, предприятий, организаций и т.д.)[3].

Интересным мнение В.А. Сивицкого, который отмечает, что «в методологическом плане нет разницы, идет ли речь о презумпции соответствия закона конституции или о презумпции соответствия ведомственного акта акту правительства. Нарушение любой связки в цепочке этих предположений приводит к невозможности функционирования правовой системы, а без признания в «правовой повседневности» того, что нижестоящий акт априори соответствует вышестоящему, нельзя рассчитывать, что норма закона воплотится в конкретных правоотношениях» [Сивицкий В.А., 2010: 499]. Совершенно верно этот исследователь отмечает неразрывность цепочки соответствия нижестоящего акта вышестоящему в решении вопросов, касающихся конституционности нормативных правовых актов. Безусловно, законность — это отправная точка всех общественных и государственных процессов, исходное начало и неотъемлемая часть демократического и правового государства.

[3] См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 2. С. 1.

Принцип законности требует неукоснительного всеобщего соблюдения и исполнения норм законодательства, охрана которого обеспечивается государством. Законность подразумевает действие правовых законов, которые соответствуют Конституции России.

Таким образом, поскольку в современной теории права законность интерпретируется как один из основополагающих принципов организации государственной и общественной жизни и как особый режим, обеспечивающий неуклонное исполнение законов всеми субъектами правоотношений [Дмитриев Ю., Петров С., Амирбеков К, 2001: 5], нельзя не согласиться с тем, что в широком понимании законность — это принцип построения и функционирования демократического правового государства как определяемое им требование к деятельности всех властных структур, органов, организаций, учреждений, общественных объединений, их должностных лиц; как метод (средство) осуществления политической власти; как состояние (режим) общественной и государственной жизни и т. д. [Витрук Н.В., 1993: 515]. В свою очередь, определение законности как режима означает господство закона в общественной жизни, беспрепятственное осуществление любой деятельности, не нарушающей закона [Самощенко И.С., 1960: 14]; [Ремнев В.И., 1979: 32]. При этом режим законности предполагает оставление субъектам правоотношений широких возможностей в реализации их правомерных интересов, проявления активности и инициативы, а также порождает обязанность всех лиц уважать правомерные притязания субъектов правоотношений [Пряхина Т.М., 1998: 49].

В русле рассмотрения вопроса опосредованной конституционности остановимся на характеристике презумпции законности нормативных актов, которая, по общему правилу, является предположением, при котором нормативный акт считается законным до момента установления его несоответствия закону в определенном законодательством порядке. Схожей позиции в определении презумпции законности придерживается В.А. Толстик, рассматривая ее как предположение о том, что нормативные правовые акты признаются законными до тех пор, пока в установленном законном порядке они не будут признаны незаконными (недействующими) [Толстик В.А., 2010: 546].

В свою очередь, определяя построение нормы презумпции законности нормативного акта, В.Ю. Лукьянов указывает, что акт предполагается законным и действительным и в силу этого подлежит обязательному применению, пока в судебном порядке не доказаны его незаконность и недействительность. Этот исследователь также справедливо отмечает, что для нормативных актов различного уровня их законность выражается в соответствии нормативным актам более высокого уровня, в конеч-

ном счете — Конституции России, а также общепризнанным принципам и нормам международного права [Лукьянов В.Ю., 2006: 12].

Для описания опосредованной конституционности нормативных правовых актов необходимо внести уточнения в общую характеристику презумпции законности нормативных актов и определить данную правовую презумпцию как предположение, при котором положения нормативных актов, проверка конституционности которых не может быть осуществлена КС исходя из его компетенции, соответствуют положениям федерального законодательства или иных нормативных актов, конституционность которых может быть проверена в рамках конституционного судопроизводства и, соответственно, Конституции России, пока обратное не будет установлено в соответствии с утвержденным действующим законодательством порядком. Таким образом, если нормативный акт будет признан не соответствующим федеральному закону или иному нормативному акту, в отношении которого может быть опровергнута презумпция конституционности, он одновременно перестает соответствовать положениям и требованиям Конституции.

Данная презумпция действует в отношении нормативного акта и в том случае, если такой акт не корреспондирует непосредственно, например, федеральному закону. В такой ситуации предполагается, что нормативный акт соответствует положениям акта более высокого уровня, на который также распространяется презумпция законности. Суть такой опосредованной конституционности нормативных актов заключается в том, что при взаимодействии презумпции законности и конституционности нормативных актов преодолевается разрыв в презумпции конституционности нормативных актов между актами, проверка конституционности которых подведомственна КС, и актами, находящимися вне рамок его компетенции.

Следовательно, взаимосвязь презумпций законности и конституционности нормативных актов распространяет требование конституционности на акты, проверка конституционности которых не относится к компетенции КС, а акт, в отношении которого действует презумпция законности, одновременно предполагается конституционным до момента, когда презумпция законности в отношении этого акта не будет опровергнута.

Отметим, что принцип конституционности нормативных актов обладает свойством презумптивности вследствие обязанности правоприменителя исходить из предположения о соблюдении положений такого принципа всеми субъектами правоотношений, обеспечивая тем самым стабильность правовой системы государства. В свою очередь, презумпция конституционности нормативных актов, предусматривая возможность опровержения такого предположения, является важнейшим ин-

струментом контроля за соблюдением верховенства Конституции и сохранения единства правовой системы России.

3. Свойство догматической фиктивности принципа конституционности нормативных актов

Принцип конституционности нормативных актов, имея высокую степень нормативной обобщенности при отсутствии бесспорных границ правового содержания, обладает свойством догматической фиктивности. Законодательство не содержит исчерпывающего перечня критериев конституционности нормативных актов. Очевидно, что закрытый и отчетливо определенный перечень таких критериев и требований конституционности позволил бы лучше решать вопросы, связанные с конституционностью нормативных актов, и повысил бы действенность принципа конституционности в целом. Справедливо отмечает Ю.А. Тихомиров, что нет ясности критериев, по которым можно оценивать степень соответствия всех правовых актов конституции [Тихомиров Ю.А., 1997: 3]. Но насколько такой перечень может быть закрытым в принципе? Объективно трудно достигнуть такого результата в силу целого ряда причин, в том числе такой, как отсутствие нормативного закрепления термина «конституционность» и, как следствие — отсутствие в доктрине единого мнения относительно характеристики данного термина.

Тем не менее И.А. Кравец отмечает, что «формула “соответствие конституции” должна иметь нормативное юридическое измерение. В то же время она должна опираться на доктринальные положения, которые должны разрабатываться с учетом потребностей общества и необходимости конституционного регулирования политических, экономических, социальных и иных отношений» [Кравец И.А., 2006: 27]. Полагаем, что такой сбалансированный подход был бы оптимальным.

Очевидно, что по мере развития законодательства и практики КС перечень критериев конституционности нормативных актов будет изменяться посредством корректировки существующих и дополнением новых критериев, поскольку вопросы конституционности нормативных актов в том числе «неразрывно связаны с проблемой толкования норм права в конституционном судопроизводстве» [Лебедев В.А., 2005: 179].

Так, составляющим элементом принципа конституционности нормативных правовых актов, на взгляд автора настоящей статьи, является принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который закрепляет, что все нормативные акты принимаются во благо человека и гражданина и действуют в конституционных рамках, укрепляют стабильность правовой системы государства и направле-

ны на совершенствование правового регулирования. Данный принцип сформулирован КС и призван укрепить доверие граждан России к деятельности государства. КС в Постановлении от 23.04.2004 № 9-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федеральных законов "О федеральном бюджете на 2002 год", "О федеральном бюджете на 2003 год", "О федеральном бюджете на 2004 год" и приложений к ним в связи с запросом группы членов Совета Федерации и жалобой гражданина А.В. Жмаковского»[4], указывая на конституционный принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, характеризует его как принцип, который предполагает правовую определенность, сохранение разумной стабильности правового регулирования, недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм и предсказуемость законодательной политики.

Относительно требования правовой определенности КС в своих решениях неоднократно указывал, что из конституционных принципов правового государства, равенства и справедливости вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы и ее согласованности с системой действующего правового регулирования. Действительно, неопределенность содержания правовой нормы не может обеспечить ее единообразного понимания, создает возможность злоупотребления исполнительной властью ее полномочиями, порождает противоречивую правоприменительную практику, ослабляет гарантии защиты конституционных прав и свобод, может привести к произволу и, следовательно, к нарушению принципов равенства, а также верховенства закона. При этом, как следует из позиций Суда, самого по себе нарушения требования определенности правовой нормы, влекущего за собой ее произвольное толкование правоприменителем, достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации[5].

---

[4] См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4.

[5] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 06.04.2004 № 7-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 87 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации и Постановления Правительства Российской Федерации от 17.07. 2001 № 538 "О деятельности негосударственных организаций по лоцманской проводке судов" в связи с жалобой международной общественной организации "Ассоциация морских лоцманов России" и автономной некоммерческой организации "Общество морских лоцманов Санкт-Петербурга"» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4; Постановление Конституционного Суда РФ от 25.04.1995 № 3-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л. Н. Ситаловой» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1995. № 2–3; Постановление Конституционного Суда РФ от 05.07.2001 № 11-П «По делу о проверке конституционности Постановления Государственной Думы от 28.06.2000 № 492-III ГД "О внесении изменения в Постановление Государственной

Действительно, последствия правовой неопределенности норм могут быть катастрофическими как для отдельного человека, так и для всей правовой системы в целом. Особенно, если такая практика будет носить системный характер. В связи с этим такая мера, как признание норм с признаками правовой неопределенности не соответствующими Конституции РФ, является не только оправданной, но и крайне необходимой.

Следует отметить, что философ права Л.Л. Фуллер в своих исследованиях конкретизировал некоторые аспекты правовой определенности правовых норм. Среди таких аспектов выделяются следующие: правовые нормы должны сообщаться их адресатам; быть понятными таким лицам; не искажаться при применении и не требовать невозможного [Fuller L.L., 1964: 100]. Нет сомнений, что данные аспекты довольно точно отражают общие характеристики правовой определенности норм.

Таким образом, принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства включает следующие составляющие:

правовую определенность нормативных актов, которая, в том числе означает недопустимость разночтений и двойственного толкования нормы права. Содержание нормы права не должно вводить участников правоотношений в заблуждение. Если смысл правовой нормы недостаточно точно определен и может быть подвержен различным толкованиям, любое иное толкование, кроме соответствующего положениям Конституции, признается данным Судом недопустимым. Это правило выражается в конституционном принципе равенства всех перед законом и судом, что закреплено в ч. 1 ст. 19 Конституции, так как данное равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания правовой нормы допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к нарушению принципов равенства и верховенства закона. Согласованность с системой действующего правового регулирования также является важным требованием к правовой норме;

сохранение разумной стабильности правового регулирования. Этот аспект позволяет поддерживать доверие к системе правового регулирования и делает правоотношения предсказуемыми для их участников;

недопустимость внесения произвольных, в том числе конституционно не обоснованных изменений в действующую систему норм. Любые изменения законодательства должны быть вызваны объективной необходи-

---

Думы Федерального Собрания “Об объявлении амнистии в связи с 55-летием победы в Великой Отечественной Войне 1941-1945 годов” в связи с запросом Советского районного суда города Челябинска и жалобами ряда граждан» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2001. № 6 и др.

мостью. Произвольное и необоснованное изменение нормативных актов может разрушить всю цепочку регулирования тех или иных правоотношений и привести к правовому хаосу в процессе праворегулирования;

предсказуемость развития законодательства. Этот аспект в том числе означает последовательное принятие нормативных актов, адекватно отвечающих сложившимся правоотношениям или отношениям, которые необходимо урегулировать в будущем. Скачкообразное и непоследовательное развитие законодательства неизбежно приведет к путанице в правоотношениях и в правовом закреплении тех или иных установлений;

введение переходного периода, который дает возможность субъектам правоотношений с минимальными неудобствами и издержками адаптироваться к вновь закрепленным или измененным положениям законодательства.

Таким образом, принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства является неотъемлемой частью рассматриваемого нами принципа конституционности нормативных актов в силу непосредственного влияния его составляющих на их конституционность.

Также Конституционный Суд упоминает принцип соразмерности и вытекающие из него требования адекватности и пропорциональности используемых правовых средств в контексте того, что при установлении федеральным законодателем ограничений конституционных прав и свобод он не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на существо того или иного права и приводило бы к утрате его содержания[6]. Логично полагать, что содержание принципа соразмерности правового регулирования также является одним из аспектов, оказывающих влияние на конституционность нормативного акта, поскольку в данном принципе заложена недопустимость злоупотребления законодателем правом правового регулирования.

Также нельзя не отметить, что принятие Федерального закона от 17.07.2009 № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»[7] (далее — Федеральный закон № 172-ФЗ) обозначило появление правового механизма выявления в нормативных актах и их проектах посредством антикоррупционной экспертизы коррупциогенных факторов и их последующему устранению. Одновременно с этим механизмом, на взгляд автора настоящей работы, образуется самостоятельный правовой прин-

[6] См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26.12.2005 № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 260 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Е. Г. Одиянкова» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 1.

[7] См.: СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.

цип — принцип антикоррупционности нормативных актов, соблюдение которого является одним из критериев их конституционности.

В соответствии с Методикой антикоррупционной экспертизы, принятой постановлением Правительства России от 26.02.2010 № 96 (ред. от 10.07.2017) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» (вместе с Правилами антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов)[8], коррупциогенными факторами являются: широта дискреционных полномочий, определение компетенции по формуле «вправе», выборочное изменение объема прав, чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества, принятие нормативного акта за пределами компетенции, заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов при отсутствии законодательного делегирования соответствующих полномочий, отсутствие или неполнота административных процедур и др.

В свою очередь коррупциогенными факторами, содержащими неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к гражданам и организациям, являются: завышенные требований к лицу, предъявляемых для реализации принадлежащего ему права; злоупотребление правом заявителя государственными органами, органами местного самоуправления или организациями (их должностными лицами); юридико-лингвистическая неопределенность, выражающаяся в употреблении неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера.

Таким образом, принцип антикоррупционности нормативных актов в полной мере соблюдается при отсутствии в актах обозначенных выше коррупциогенных факторов.

Полагаем, что принцип антикоррупционности нормативных актов является примером детального нормативного закрепления требований, которые ранее носили общий характер. Данный принцип, безусловно, оказывает положительное влияние на формирование правового государства в России. Также очевидно, что принцип антикоррупционности нормативных актов формирует дополнительные требования к деятельности органов власти и должностных лиц и, как следствие, к содержанию самих актов. Вероятно, что принятый в нарушение рассматриваемого принципа акт также нарушает принцип конституционности. Реализация положений этого принципа путем проведения антикоррупционной экспертизы образует дополнительный механизм поддержания нормативной правовой базы государства в надлежащем, соответствующим всем требованиям Конституции и законодательства состоянии.

[8] См.: СЗ РФ. 2010. № 10. Ст. 1084.

Принимаемые нормативные акты в рамках своей конституционности должны не только соответствовать конституционным положениям, но также отвечать требованиям принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, требованиям определенности, ясности, недвусмысленности и согласованности с системой действующего правового регулирования. Также в нормативных актах должны отсутствовать коррупциогенные факторы.

Правоведы все активнее исследуют такое понятие, как «принципы законодательства». Так, по мнению А.А. Зелепукина, принципами законодательства являются исходные положения, в соответствии с которыми законодательство организуется и функционирует. К ним исследователь относит следующие принципы: системность, иерархичность (субординация), отраслевую дифференциацию, федерализм, научную обоснованность. Закрепляя модель существования права, такие принципы отражают специфические особенности национально-государственной правовой системы: принадлежность к группе правовых семей, государственно-территориальное устройство, уровень юридической техники и культуры правотворчества и др. [Зелепукин А.А., 2010: 147].

В свою очередь И.Н. Сенякин пишет, что принципы законодательства раскрывают регламентационные возможности правовых предписаний, способствуют подготовке и принятию наиболее совершенных, целесообразных по форме и структуре нормативных актов, адекватно регламентирующих ту или иную сферу общественных отношений. Этот автор также отмечает, что правовые принципы выступают своеобразным критерием качественной оценки законодательного акта с точки зрения его соответствия праву в целом, что достигается посредством собственных принципов законодательства (верховенства закона, научной обоснованности, федерализма, взаимодействия национального законодательства и международного права и др.), представляющих собой определенную совокупность технико-юридических требований, предъявляемых к отдельно взятому нормативному акту, его структуре или системе законодательства в целом [Сенякин И.Н., 2010: 140].

Н.А. Власенко к таким требованиям относит: конкретность правового регулирования определенных общественных отношений; логическую последовательность изложения нормативных предписаний, имеющихся в правовом акте; ясность, простоту и доступность языка; единства технических приемов законотворчества; отсутствие внутренних противоречий, двусмысленности и дублирования положений нормативных актов; их строгую соподчиненность и т.д. [Власенко Н.А., 2001: 45].

Обращением к «принципам законодательства» исследователи актуализируют важные вопросы, связанные, в первую очередь, с правотворческой

деятельностью. Формулирование предъявляемых к законодателю и законодательству требований в качестве принципов подчеркивает первостепенное значение этих положений для гармоничного развития нормативной правовой базы. Очевидно, что соблюдение указанных требований в процессе нормативно-правового регулирования также позволяет в полном объеме реализовать принцип конституционности нормативных актов.

Также к аспектам конституционности, по мнению Ю.А. Тихомирова, относится, например, отражение конституционных идей и принципов, правильное использование конституционных понятий и терминов, место акта в правовой системе, форму акта, принятие акта конституционно уполномоченным органом, соблюдение конституционной процедуры принятия акта, корреляцию объема и содержания конституционной нормы и нормы закона, иного акта, соблюдение общепризнанных принципов и норм конституционного права, устойчивое правоприменительное толкование и разъяснение смысла правовых норм [Тихомиров Ю.А., 2000: 257]. Данные аспекты конституционности также со всей уверенностью можно отнести к «принципам законодательства».

Вероятно, «принципы законодательства» являются неотъемлемой составляющей принципа конституционности нормативных актов, поскольку только соответствующие требованиям таких принципов акты могут быть конституционными. Также принципы законодательства служат ярким примером того, что требования к конституционности нормативных актов разнообразны и не являются исчерпывающими, а в перспективе могут дополняться и изменяться.

Таким образом, отсутствие в законодательстве сформулированного перечня критериев конституционности нормативных актов наделяет рассматриваемый принцип свойством догматической фиктивности и тем самым определяет его потенциал, позволяющий в перспективе более полноценно раскрывать правовое содержание данного конституционного принципа. Очевидно, что «конституционно-правовое регулирование может быть эффективно работающим только в условиях формальной определенности, основывающейся на обеспечении жесткой иерархии составляющих его источников» [Постников А.Е., 2012: 35].

Заключение

Принцип конституционности нормативных правовых актов — один из базовых принципов, составляющих фундамент правовой системы Российской Федерации и играющих ключевую роль в развитии всех других принципиальных положений Конституции. Данный принцип представляет собой основополагающее положение, формирующее тре-

бование неукоснительного соответствия Конституции положений нормативных актов, которое одновременно обладает свойствами аксиоматичности, презумптивности и догматической фиктивности.

Принцип конституционности нормативных актов формулирует обладающее характером непреложной исходной истины базовое правило, которое заключается в том, что «закон должен быть конституционен», а в более широком смысле — «нормативный правовой акт должен быть законен». Данный принцип обладает свойством аксиоматичности и определяет направление дальнейшего развития правовой системы в рамках сформулированного правила.

Принцип конституционности нормативных актов обладает свойством презумптивности, поскольку предполагает соответствие Конституции положений всех принятых на территории государства нормативных правовых актов. Используемая Конституционным Судом презумпция конституционности нормативных актов, обязывая правоприменителя в своей деятельности исходить из предположения о конституционности нормативных актов и предусматривая при этом возможность опровержения такого предположения, является важнейшим инструментом контроля за соблюдением верховенства Конституции и сохранения единства правовой системы государства. Таким образом, презумптивность принципа конституционности нормативных правовых актов обеспечивает стабильность правовой системы государства в рамках реализации сформулированного им базового правила.

Принцип конституционности нормативных актов в силу отсутствия нормативной определенности и точно установленных границ его правового содержания обладает свойством догматической фиктивности. Отсутствие в федеральном законодательстве перечня критериев, предъявляемых к конституционности нормативных актов, создает возможность гибко интерпретировать составляющие принцип конституционности положения и формировать необходимую нормативную правовую базу.

Таким образом, рассмотренные свойства позволяют принципу конституционности нормативных актов в полном объеме реализовать заложенный в нем потенциал.

Список источников

1. Виноградов В.А., Ларичев А.А. Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 4–23.

2. Власенко Н.А. Законодательная технология. Теория. Опыт. Правила. Иркутск: Вост.-Сиб. изд. компания, 2001. 142 с.

3. Дмитриев Ю., Петров С., Амирбеков К. Понятие и принципы конституционной законности // Право и жизнь. 2001. № 38. С. 5–26.

4. Зелепукин А.А. Принципы российского законодательства. В кн.: Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2010. С. 145–175.

5. Кокотов А.Н. Доверие. Недоверие. Право. М.: Норма, 2020. 192 с.

6. Кравец И.А. Конституционность нормативных правовых актов: доктрина и практика в России // Право и политика. 2006. № 8. С. 23–37.

7. Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России (теория и практика современности). М.: Изд-во Моск. ун-та, 2005. 272 с.

8. Лукьянов В.Ю. Юридические презумпции в законодательстве о техническом регулировании // Законодательство и экономика. 2006. № 10. С. 10–13.

9. Постников А.Е. О конституционно-правовом методе регулирования // Журнал российского права. 2012. № 12. С. 27–34.

10. Пряхина Т.М. Конституционность в системе принципов права // Современное право. 2004. № 10. С. 45–50.

11. Ремнев В.И. Социалистическая законность в государственном управлении. М.: Наука, 1979. 301 с.

12. Самощенко И.С. Охрана режима законности Советским государством. М.: Госюриздат, 1960. 200 с.

13. Сенякин И.Н. Принципы права и принципы законодательства: соотношение и взаимосвязь. В кн.: Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2010. С. 128–144.

14. Сивицкий В.А. Презумпция конституционности нормативного правового акта: отдельные аспекты // Юридическая техника. 2010. N 4. С. 499–502.

15. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юринформцентр, 2000. 393 с.

16. Тихомиров Ю.А. Критерии законности правовых актов // Право и экономика. 1997. № 19–20. С. 3–6.

17. Толстик В.А. Презумпция законности нормативных правовых актов // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 546–551.

18. Bogdanovskaya I.Yu. E-Government: Legal Aspects. Legal Issues in the Digital Age, 2022, vol. 3, no. 4, pp. 4–13.

19. Fuller L.L. The morality of Law. New Haven: Yale University Press, 1964, pp. 95–105.

References

1. Bogdanovskaya I.Yu. (2022) E-Government: Legal Aspects. *Legal Issues in the Digital Age,* vol. 3, no. 4, pp. 4–13.

2. Dmitriev Yu., Petrov S., Amirbekov K. (2001) The concept and principles of constitutional legality. *Pravo i zhizn'*=Law and Life, no. 38, pp. 5–26 (in Russ.)

3. Fuller L.L. (1964) *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, pp. 95–105.

4. Kokotov A.N. (2020) *Trust. Distrust. Law.* Moscow: Norma, 192 p. (in Russ.)

5. Kravets I.A. (2006) Constitutionality of normative legal acts: doctrine and practice in Russia. *Pravo i politika*=Law and Politics, no. 8, pp. 23–37 (in Russ.)

6. Lebedev V.A. (2005) *Constitutional ensuring and protecting human and civil rights and freedoms in Russia (theory and practice of modernity).* Moscow: University Press, 272 p. (in Russ.)

7. Lukyanov V. Yu. (2006) Legal presumptions in legislation on technical regulation. *Zakonodatelstvo i ekonomika*=Legislation and Economics, no. 10, pp. 10–13 (in Russ.)

8. Postnikov A.E. (2012) On the constitutional method of regulation. *Zhurnal rossiyskog oprava*=Journal of Russian Law, no. 12, pp. 27–34 (in Russ.)

9. Pryakhina T.M. (2004) Constitutionality in the system of principles of law. *Sovremennoye pravo*=Modern Law, no. 10, pp. 45–50 (in Russ.)

10. Remnev V.I. (1979) *Socialist legality in public administration.* Moscow: Nauka, 301 p. (in Russ.)

11. Samoshchenko I.S. (1960) *Rule of law in the Soviet state.* Moscow: Gosjurizdat, 200 p. (in Russ.)

12. Senyakin I.N. (2010) Principles of law and legislation: correlation and interrelation. In: Principles of Russian law. N.I. Matuzov (ed.). Saratov: State Academy of Law, pp. 128–144 (in Russ.)

13. Sivitsky V.A. (2010) The presumption of constitutionality of a normative legal act. *Juridicheskaya tekhnika*=Legal Technique, no. 4, pp. 499–502 (in Russ.)

14. Tikhomirov Yu. A. (2000) Conflict of laws: a manual. Moscow, p. 393 (in Russ.)

15. Tikhomirov Yu.A. (1997) Criteria of legality of legal acts. Pravo i ekonomika=Law and Economy, no. 19–20, pp. 3–6 (in Russ.)

16. Tolstik V.A. (2010) Presumption of legality of normative legal acts. *Juridicheskaya tekhnika*=Legal Technique, no. 4, pp. 546–551 (in Russ.)

17. Vinogradov V.A., Larichev A.A. (2022) Index of ethics of law as a tool for assessing relationship between law and morality. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 4–23 (in Russ.)

18. Vlasenko N.A. (2001) *Legislative technology. Theory. Experience. Rules.* Irkutsk: East Siberia Publishers, 142 p. (in Russ.)

19. Zelepukin A.A. (2010) Principles of Russian legislation. In: Principles of Russian Law. Saratov: State Academy of Law, pp. 145–175 (in Russ.)

Данные об авторе:

С.А.Мосин — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

S.A. Mosin — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 13.03.2024; одобрена после рецензирования 15.04.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 13.03.2024; approved after reviewing 15.04.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 347.7
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.23.50

Электронная торговля в архитектуре нормативного регулирования: поиск баланса интересов

Ольга Вячеславовна Сергеева

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Россия 117218, Москва, Большая Черемушкинская, 34, olgbelusva@rambler.ru, https://orcid.org/0000-0003-0366-8148

Аннотация

Развитие цифровых технологий существенно упрощает выход малого и среднего бизнеса как на национальный, так и на зарубежные рынки. Однако преодоление территориальных барьеров посредством безграничных интернет-технологий приводит к постановке вопроса о юридических механизмах регулирования отношений в сфере электронной коммерции, об эффективном ответе российского общества на большие вызовы с учетом взаимодействия человека и технологий, социальных институтов на современном этапе глобального развития. К таким большим вызовам относится прежде всего качественное изменение самого правового пространства, которое формируется под воздействием новых акторов — электронных торговых площадок (онлайн-платформ). В разработке норм негосударственного регулирования электронной коммерции активно принимают участие и частные заинтересованные лица — деятели бизнес-сообщества и провайдеры интернет-услуг. Цифровизация договорных связей оказала влияние не только на инструментарий, но и внесла качественные коррективы в фундамент регламентации частноправовых отношений. Это требует всестороннего исследования, осмысления и выработки научного подхода к регулированию договорных отношений в Интернет-среде, принимая во внимание позитивный опыт зарубежных стран, являющихся лидерами в сфере электронной торговли, однако ориентируясь на собственные правовые традиции. В статье рассматривается дискуссия о применимости традиционных правовых подходов к отношениям в цифровой среде; анализируются подходы к правовому регулированию электронной торговли, в том числе, принятые международными организациями (ЮНСИТРАЛ), региональными интеграциями на европейском и евразийском пространстве, а также национальными законодателями; исследуются модели негосударственного регулирования

© Сергеева О.В., 2024

электронной торговли. Автор делает вывод, что в условиях цифровизации бизнес-среды установление баланса прав и интересов всех участников электронной торговли осуществимо лишь посредством введения императивных нормативных предписаний. Поставленной задаче в большей степени будет отвечать принятие специального законодательного акта, который формировал бы основы торговой деятельности в цифровом пространстве и опирался бы современные тенденции правового регулирования в этой сфере.

Ключевые слова

электронная торговля; онлайн-платформа; бизнес-пользователь; потребитель; нормативное регулирование; общий цифровой рынок; баланс интересов.

Благодарности: Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского научного фонда в рамках проекта «Проведение инициативных исследований молодыми учеными» Президентской программы исследовательских проектов, реализуемых ведущими учеными, в том числе молодыми №23-78-01142 «Цифровизация договорных отношений: архитектура регуляторной среды, правовые традиции и новации».

Для цитирования: Сергеева О.В. Электронная торговля в архитектуре нормативного регулирования: поиск баланса интересов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 23–50. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.23.50

Research article

E-commerce in Regulatory Architecture: Searching for a Balance of Interests

Olga V. Sergeeva

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia,

olgbelusva@rambler.ru

Abstract

The development of digital technologies significantly simplifies the entry of small and medium-sized businesses into both national and foreign markets. However, overcoming territorial barriers through limitless Internet technologies leads to the question of legal mechanisms for regulating relations in the field of e-commerce, about the adequate response of Russian society to great challenges, taking into account the interaction of man and technology, social institutions at the present stage of global development. Such big challenges include, first of all, a qualitative change in the legal space itself, which is being formed under the influence of new actors — electronic trading platforms (online platforms). Private stakeholders — representatives of the business community and Internet service providers — also actively participate in the development of standards for non-state regulation of e-commerce. The digitalization of contractual

relations has influenced not only the tools, but also made qualitative adjustments to the foundation of the regulation of private law relations, which requires a comprehensive study, conceptualization and development of a scholar approach to the regulation of contractual relations in the Internet environment, taking into account the positive experience of foreign countries that are leaders in the field of electronic commerce, however, focusing on our own legal traditions. The article examines the debate about the applicability of traditional legal approaches to relations in the digital environment; approaches to the legal regulation of electronic commerce are analyzed, including those adopted by international organizations (UNCITRAL), regional integrations in the European and Eurasian space, as well as national legislators; models of non-state regulation of electronic commerce are explored. It is concluded that in the current conditions of digitalization of the business environment, establishing a balance of rights and interests of all participants in electronic commerce seems possible only through the introduction of special mandatory regulatory requirements. The task at hand will be met to a greater extent by approving of a special legislative act that would form the basis for carrying out trade activities in the digital space and take into account modern trends in legal regulation in this area.

Keywords

e-commerce; online-platform; business user; consumer; regulatory; common digital market; balance of interests.

Acknowledgments: The research was carried out with the financial support of the Russian Science Foundation as part of the project “Conducting initiative research by young scientists” of the Presidential program of research projects implemented by leading scientists, including young ones No. 23-78-01142 “Digitalization of contractual relations: architecture of the regulatory environment, legal traditions and innovations”.

For citation: Sergeeva O.V. (2024) E-commerce in Regulatory Architecture: Searching a Balance of Interests. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 23–50 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.23.50

Введение

Свобода предпринимательства является важнейшим элементом экономического суверенитета[1]. Ее реализации в значительной степени способствует развитие цифровых технологий и появление электронных торговых площадок, что существенно упрощает выход малого и среднего бизнеса как на отечественный, так и на зарубежный рынки. Однако преодоление территориальных барьеров посредством интернет-технологий приводит к постановке вопроса о юридических механизмах регулирования отношений в сфере электронной коммерции, об адекватном ответе российского общества на большие вызовы на базе взаимодей-

[1] Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 21.02. 2023 // Российская газета. 2023. № 39.

ствия человека и технологий, социальных институтов на современном этапе глобального развития.

К таким вызовам относится прежде всего качественное изменение самого правового пространства, которое формируется под воздействием новых акторов — электронных торговых площадок. Глобальный охват деятельности такого рода платформ и их широкая востребованность позволили агрегаторам диктовать договорные условия, формировать так называемое «платформенное право» [Мажорина М.В., 2019: 107–120]. В разработке норм негосударственного регулирования электронной коммерции активно участвуют и частные лица — деятели бизнес-сообщества и провайдеры интернет-услуг. Уход иностранных платежных систем из России и отказ крупнейших западных маркетплейсов доставлять товары в Россию закономерно привели к росту объемов российской интернет-торговли, дали импульс развитию отечественных электронных платформ, которые также стремятся на глобальный рынок. В свете изложенного перед российским обществом и правом стоит задача адаптироваться к новым социально-экономическим реалиям и геополитическим условиям не только путем точечных ответов на запросы среды, но путем выработки новой методологии [Мажорина М.В., 2020: 230–253].

Углубление процессов интеграции государств-членов ЕАЭС, расширение сотрудничества в рамках БРИКС, а также с другими странами и объединениями (о чем свидетельствуют, например, идея формирования Большого Евразийского партнерства или инициатива создания собственной валюты (системы расчетов) и не только в рамках БРИКС, но и в рамках сообщества латиноамериканских и карибских государств) указывают на перспективу участия российских электронных торговых площадок, бизнес-пользователей и потребителей в системе глобального товарооборота.

Цифровизация договорных связей оказала влияние не только на инструментарий, но и внесла качественные коррективы в фундамент регламентации частноправовых отношений, что требует всестороннего исследования, осмысления и выработки научного подхода к регулированию договорных отношений в Интернет-среде, принимая во внимание позитивный опыт зарубежных стран, являющихся лидерами в сфере электронной торговли, однако, ориентируясь на собственные правовые традиции.

1. Дискуссия о применимости традиционных правовых подходов к отношениям в цифровой среде

Еще в 1996 г. американский судья Ф. Истербрук на конференции по цифровому праву выступил против его квалификации в качестве самостоятельной отрасли юридических исследований. Ф. Истербрук процити-

ровал Г. Каспера, который ввел в обиход выражение «лошадиное право» и заявил, что аргументы Каспера против специализированных или «нишевых» юридических исследований применимы и к цифровому праву: «... лучший способ изучить закон, применимый к специализированным видам деятельности, — это изучить общие правила. Одни споры связаны с продажей лошадей; другие — с причинением лошадьми вреда; еще большее количество споров касается лицензирования использования лошадей и проведения скачек, или ветеринарной помощи, или распределения призовых мест на конных выставках. Любые попытки собрать эти сведения в курс «лошадиного права» обречены на поверхностность ввиду отсутствия объединяющих принципов. Изучение ста процентов споров, касающихся причинения лошадьми вреда, не передаст всей сути деликтного права. Гораздо лучше для большинства студентов — даже для тех, кто планирует заняться торговлей лошадьми, — изучить курсы права собственности, внедоговорных обязательств, коммерческих сделок и т.п., добавляя к порции «лошадиных дел» небольшое количество сделок с огурцами, кошками, углем и детскими кроватками. Только поместив «лошадиное право» в контекст более широких правил, касающихся коммерческих начинаний, можно по-настоящему понять законодательство о лошадях» [Easterbrook F., 1996: 207–208].

Понятие «лошадиное право» стало нарицательным, оно лишний раз напоминает о необходимости рассмотрения существа проблемы [Богдановская И.Ю., 2002: 119], которая заключается в том, что «уже на данном этапе глобальной цифровизации количественные изменения перешли в качественные и цифровые технологии стали диктовать свои условия, преобразуя правовые отношения изнутри» [Талапина Э.В., 2021: 21], в том числе в сфере электронной коммерции.

Научный подход Ф. Истербрука был оспорен профессором Гарвардской школы права Л. Лессигом в статье 1999 года «Лошадиное право: чему может научить киберправо» [Lessig L., 1999: 501–546], в которой утверждалось, что правовые понятия и правила должны будут эволюционировать по мере развития и расширения киберпространства, в самой архитектуре которого изначально заложены объединяющие принципы. Указывая на гетерархическую, ацентричную структуру первоначального Интернета и его глобальный охват [Kulesza J., Balleste R., 2013: 1311–1349], сторонники технологического детерминизма полагали, что правительства не в силах и не должны контролировать трансграничные электронные коммуникации[2] [Post D.G., 2002: 1363–1385]; что необходима такая

[2] См.: Barlow J.P. A Declaration of the Independence of Cyberspace. 1996. Available at: https://www.eff.org/cyberspace-independence (дата обращения: 17.01.2024)

парадигма сетевого управления, которая должна признавать все аспекты регулирующей власти сети [Reidenberg J.R., 1996: 911–930]; что обращение к автономному «lex informatica», «lex electronica» или «обычному торговому праву XXI в.» является адекватным способом регулирования [Reidenberg J.R., 1998: 553–593]; [Trakman L.E., 2003: 265–304].

Киберреалисты парировали, что гетерархическая структура Интернета довольно скоро была упорядочена при участии крупных онлайн-платформ, а государство «никогда не покидало сцену» [Birnhack M.D., Elkin-Koren N., 2003: 2], поскольку только оно обладает «властью, статусом и административными возможностями, чтобы стать Кантовским суперэго больших технологий» [Boyle J., 2019: 49].

В феврале 2020 года Европейская комиссия отметила, что «цифровая связь, взаимодействие в социальных сетях, электронная коммерция и цифровые предприятия неуклонно меняют наш мир», требуя нормативного ответа «в направлении цифровой трансформации, которая работает на благо человека»[3]. Пандемия COVID-19 ускорила трансформацию, но также обнажила фундаментальные проблемы в области цифровизации [Faraj S. et al., 2021: 1–6]. Дебаты о адекватной концепции связанного с Интернетом «киберправа» или, в более общем смысле, цифрового права, также далеки от завершения [Kettemann M.C. et al., 2022: 4]. Вместе с тем ввиду отсутствия согласованной на доктринальном и правоприменительном уровнях системы взглядов на природу отношений, осложненных цифровым элементом, регуляторная среда вынуждена опытным путем адаптироваться к новым технологическим реалиям, находясь в очевидной позиции отстающего.

Дискуссия о применимости традиционных правовых подходов к отношениям в цифровой среде не обошла стороной российские юридические круги[4], поставив вопрос о целесообразности разработки Цифрово-

[3] Communication from the European Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Shaping Europe's Digital Future». Available at: https://commission.europa.eu/system/files/2021-01/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf (дата обращения: 17.01.2024)

[4] Вопросам развития цифровых технологий и связанному с этим качественному изменению правового пространства в последнее время в доктрине уделяется много внимания. Так, сторонники концепции цифрового права стоят на позиции формирования новой отрасли права [Белых В.С., Болобонова М.О., 2020: 5–14]; [Блажеев В.В., Егорова М.А., 2020]. Другие ученые оценивают влияние цифровизации с точки зрения поиска оптимальных регуляторов новых сегментов экономической активности (цифровой экономики), исследуя комплекс отношений: имущественные отношения и цифровую форму законных платежных средств; цифровую трансформацию сферы публичных финансов; направления развития законодательства об информации; способы защиты прав в цифровой среде и ряд других правовых вопросов, вставших в связи с развитием цифро-

го кодекса и определении предмета его регулирования [Рожкова М.А., 2020: 3–13]. При этом, как справедливо отмечают специалисты, цифровое право — это совокупность весьма разноплановых правовых норм институтов и оно охватывает как частные, так и публичные аспекты правоотношений, возникающих в связи с использованием цифровых технологий.

В их числе: электронные платежи; электронный банкинг; искусственный интеллект; блокчейн; криптовалюта; цифровые активы; смарт-контракты; деятельность интернет-платформ; цифровая идентификация и аутентификация; конфиденциальность; информационная безопасность; глобальные потоки данных; цифровизация интеллектуальной собственности; защита коммерческой тайны, авторских и смежных прав, прав на товарные знаки, доменных имен и ip-адресов, патентных прав; лицензирование; киберспорт; программное обеспечение; распределение рисков, управление и обслуживание сети; диффамация; киберпреступления; электронные доказательства; онлайн-арбитраж и онлайн-посредничество[5].

Разноотраслевой характер обозначенных сфер цифровизации наряду с традиционным жестким структурированием правовых норм по отраслевому признаку свидетельствует о невозможности их объединения в рамках единого нормативного акта. К такому ожидаемому выводу пришли и разработчики Цифрового кодекса Российской Федерации, согласно концепции которого предлагается сосредоточить усилия в сфере выработки единообразных публично-правовых норм в сфере IT и связи[6].

Электронная коммерция, будучи двигателем прогресса и находясь в авангарде цифровых преобразований, безусловно, является частью собирательного термина «цифровое право», представляя собой совокупность отношений, возникающих в связи с заключением сделок посредством сети Интернет, а также при продвижении товаров, работ, услуг и иных объектов гражданских прав в сети Интернет [Савельев А.И., 2016]. Хотя ядром понятия электронной коммерции являются договорные, т.е.

вой экономики [Кучеров И.И., Синицын С.А., 2022]; [Вайпан В.А., Егорова М.А., 2019]; [Михайлов А.В., 2019: 7–13]; [Василевская Л.Ю., 2020: 105–117]; [Харитонова Ю.С., Сунь Ци, 2022: 3–8]; [Ефимова Л.Г., 2021: 52–62]; [Северин В.А., 2022: 22–26]; [Синицын С.А., 2020] и др.

[5] См. подробнее: Рожкова М.А. Цифровое право (Digital Law) — что это такое и чем оно отличается от киберправа / интернет-права / компьютерного права? // Закон.ру. 2020. 15 марта. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2020/3/15/cifrovoe_pravo_digital_law_-_chto_eto_takoe_i_chem_ono_otlichaetsya_ot_kiberpravainternet-pravakompy (дата обращения: 17.01.2024)

[6] Available at: URL: https://ai.gov.ru/mediacenter/mintsifry-rf-podgotovilo-proekt-kontseptsii-tsifrovogo-kodeksa-dlya-regulirovaniya-it-i-telekoma/ (дата обращения: 17.01.2024)

частноправовые отношения, необходимо понимать публично-правовую оболочку этого явления, формирующую основы торговой деятельности в цифровом пространстве.

2. Электронная коммерция в правовом измерении

Глобализация торговли вследствие развития новых способов коммуникации, прежде всего в контексте электронной коммерции, обусловила стремление выработать на международном уровне универсальный подход к регулированию договорных отношений в Интернет-среде [Доронина Н.Г., 2023: 451]. Определенные шаги в этом направлении были предприняты Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), которая разработала, в частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле» 1996 г.[7] (далее — Типовой закон). Его целью является облегчение торговли с использованием электронных средств путем предоставления в распоряжение национальных законодателей свода признанных на международном уровне норм, направленных на устранение правовых препятствий для электронной торговли и повышение ее юридической предсказуемости.

Под электронной торговлей в Типовом законе понимается заключение сделок с помощью электронного обмена данными и других средств передачи данных, которые предусматривают использование альтернативных бумажным формам методов передачи и хранения информации. «Сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими. Сфера применения Типового закона не ограничена — его положения могут быть одинаково использованы для регулирования как трансграничных, так и внутренних механизмов передачи сообщений данных, а также равным образом коммерческих и потребительских отношений.

Законодательство, разработанное на основе или под влиянием Типового закона, принято в 164 юрисдикциях в 84 государствах, в том числе в Австралии, Канаде, Китае, Колумбии, Франции, Индии, Иране, Ирландии, Мексике, Пакистане, Словении, Великобритании, США. Хотя очевидно, что Типовой закон, понимающий под электронной торговлей обмен сообщениями посредством электронных средств связи, значительно отстал от сегодняшних цифровых реалий, тем не менее на его

[7] Принят 28.05–14.06.1996. на 29-й сессии ЮНСИТРАЛ) // СПС КонсультантПлюс

положения до сих пор ссылаются при рассмотрении споров, в том числе, связанных с заключением договоров нестандартными способами, например, посредством отправки эмодзи[8].

Разработанные в последующем типовые законы «Об электронных подписях» (2001)[9], «Об электронных передаваемых записях» (2017)[10], «Об использовании и трансграничном признании управления иденти-

[8] Так, в деле *South West Terminal Ltd v. Achter Land & Cattle Ltd* (истец — компания по торговле зерном и сельскохозяйственными культурами) обратился с иском к фермерской корпорации о возмещении убытков, вызванных неисполнением договора. Как следует из материалов дела, на протяжении десятилетия ответчик поставлял истцу зерно. В марте 2021 года представитель истца разослал поставщикам, в том числе представителю ответчика текстовое сообщение о готовности купить лен. Представитель ответчика отреагировал телефонным звонком. На основании этого разговора представитель истца подготовил контракт на закупку 86 тонн льна по цене 17 дол. США за бушель со сроком поставки «ноябрь», поставил свою подпись под контрактом, сфотографировал подписанный договор на свой мобильный телефон и отправил фотографию представителю ответчика с текстовым сообщением: «Пожалуйста, подтвердите договор льна». Представитель ответчика отреагировал сообщением, содержащим эмодзи «палец вверх». Однако ответчик не поставил лен истцу в оговоренный срок, при этом на конец ноября оптовая цена на лен составляла уже 41 доллар за бушель. Суд пришел к выводу, что стороны установили практику заключения контрактов путем обмена сообщениями в мессенджере: представитель ответчика посредством отправки текстовых сообщений «Ок» и «ага» выражал согласие на заключение контрактов, которые ответчик в конечном итоге исполнял. Таким образом, стороны согласовали обозначенный механизм заключения контрактов. Основываясь на этой практике, а также на общем понимании значения эмодзи «палец вверх» как выражения согласия, суд установил, что, отправив эмодзи, представитель ответчика принял договорное предложение, а не подтвердил его получение, как настаивал ответчик. Суд также установил, что в данных обстоятельствах эмодзи «палец вверх» представлял собой «действие в электронной форме», которое свидетельствует о выражении согласия, как это признано разделом 18 Закона «Об электронной информации и документах» (2000), который вводит в действие ст. 11 Типового закона провинции Саскачеван (Канада). Суд также указал, что эмодзи «палец вверх» хотя и является нетрадиционным средством подписи документа, в данных обстоятельствах отвечает требованиям, содержащимся в ст. 7 Типового закона, поскольку позволяет идентифицировать подписавшее лицо по его уникальному номеру мобильного телефона и сообщить о согласии с контрактом. См.: South West Terminal Ltd. v Achter Land, 2023 SKKB 116 (CanLII). Available at: https://canlii.ca/t/jxq15 (дата обращения: 18.01.2024)

[9] Типовой Закон ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях» (принят в Вене 05.07.2001 на 34-й сессии ЮНСИТРАЛ) // СПС КонсультантПлюс. Законодательство, разработанное на основе или под влиянием настоящего Типового закона, принято в общей сложности в 40 юрисдикциях в 39 государствах (преимущественно Азии, Африки и Латинской Америки).

[10] Available at: URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mletr_ebook_r.pdf (дата обращения: 18.01.2024). Законодательство на основе Типового закона «Об электронных передаваемых записях» или под его влиянием было принято в 8 государствах и в 8 юрисдикциях; это — Бахрейн, Белиз, Папуа-Новая Гвинея, Парагвай, Сингапур, Объединенные Арабские Эмираты (Центр мирового рынка Абу-Даби), Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии).

фикационными данными и удостоверительных услуг» (2022)[11], а также Конвенция ООН «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» (2005)[12] направлены на регламентацию отдельных аспектов взаимодействия субъектов электронной коммерции и не получили широкого признания. Таким образом, деятельность ЮНСИТРАЛ продемонстрировала невыполнимость задачи создания универсального, гибкого, международного правового регулирования в сфере электронной торговли, идущего в ногу с развитием цифровых технологий и отвечающего современным запросам общества. В ситуации, когда национальное законодательство различных стран идет на ощупь, а ученые даже в рамках одного правопорядка концептуально расходятся во взглядах, едва ли можно достичь консенсуса на международном уровне, принимая во внимание, помимо всего прочего, различия в правовых системах и стремление глобальных электронных платформ к саморегулированию.

Одновременно региональное интеграционное сотрудничество государств, прежде всего в сфере производства и торговли послужило импульсом к совершенствованию правовых основ взаимодействия с учетом глобальной цифровой трансформации. Так, задача формирования единого экономического и правового пространства в рамках Европейского союза, провозглашенная в учредительных документах [Белоусова О.В., 2011: 140–145], обусловила необходимость разработки общих правил регулирования европейского цифрового рынка.

Отдельные акты ЕС, принятые изначально в целях урегулирования договорных отношений, возникающих в традиционном формате, к нашему времени согласованы для применения и к онлайн-сделкам[13]. Дополнительно был принят массив актов, устанавливающих минимальные

[11] Available at: URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mlit_ru.pdf (дата обращения: 18.01.2024)

[12] Конвенция Организации Объединенных Наций «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» от 23.11.2005 // Бюллетень международных договоров. 2018. № 6. В Конвенции участвуют 18 государств, в числе которых Азербайджан, Камерун, Монголия, Черногория, Парагвай, Сингапур. Конвенция вступила в силу для России 1.08.2014.

[13] Директива Совета Европейских сообществ от 05.04.1993 № 93/13/ЕЭС «О несправедливых условиях в договорах с потребителями»; Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза от 25.10.2011 № 2011/83/ЕС «О правах потребителей, изменяющая Директиву 93/13/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 1999/44/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС и отменяющая Директиву 85/577/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС»; Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза от 17.06.2008 № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)»; Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза от 12.12.2012 № 1215/2012 «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» // СПС КонсультантПлюс.

обязательные стандарты, прежде всего, в сфере защиты прав потребителей при заключении дистанционных контрактов[14]. Были установлены требования, предъявляемые к информированию потребителей, качеству товаров и услуг, формированию справедливых договорных условий, использованию средств правовой защиты, а также к реализации принципов недискриминации и обеспечения доступа к правосудию.

В то же время сложилось мнение, что в условиях цифровой трансформации основной целью договорного права становится не столько защита автономии сторон и достижение баланса их интересов, сколько содействие развитию цифрового рынка. Последствия перехода к этой рыночной парадигме не ограничиваются модернизацией материального договорного права, но распространяются также на подходы к регулированию в международном частном праве, правоприменительную и частную договорную практику [Kettemann M.C. et al., 2022: 145].

Вместе с тем акцент на упрощение рыночных процедур, присутствующий в договорном праве ЕС, не является новеллой эпохи цифровизации, он всегда лежал в основе идеи единого европейского рынка. Тот же так называемый потребительский подход ЕС даже до появления цифровизации уделял большое внимание укреплению доверия потребителей в контексте осуществления трансграничных сделок. Однако на практике до появления механизмов онлайн-продаж трансграничное потребление было существенно ограничено. Бесспорно, у коммерсантов была возможность физически перевозить товары через границы, чтобы предлагать их потребителям по всей Европе, и ЕС долгое время делал все возможное для поддержания этого процесса. Однако только благодаря цифровизации договорных отношений рыночно-ориентированный подход к потребительским контрактам смог достичь нынешней степени реализации, а сам ЕС в качестве основной повестки дня заявляет преобразование единого европейского рынка в единый цифровой рынок [Nyman-Metcalf K., Papageorgiou I.F., 2018: 7–23].

Электронная коммерция является ключевым фактором роста в рамках внутреннего рынка ЕС. Технологическая эволюция привела к росту рынка товаров, которые включают в себя цифровой контент или цифро-

[14] Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза от 08.06.2000 № 2000/31/ЕС «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной торговле»; Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза от 23.09.2002 № 2002/65/ЕС «О дистанционном маркетинге потребительских финансовых услуг»; Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза от 21.05.2013 № 2013/11/ЕС «Об альтернативном разрешении споров с участием потребителе»; Регламент Европейского парламента и Совета Европейского союза от 21.05.2013 № 524/2013 «Об онлайн-урегулировании споров с участием потребителей» // СПС КонсультантПлюс.

вые услуги или взаимосвязаны с ними. Однако полный потенциал внутреннего рынка может быть раскрыт только при условии обеспечения всех участников рыночной деятельности удобным доступом к трансграничной продаже товаров, включая онлайн-сделки. Таким образом, в целях формирования единого цифрового рынка, исходя из необходимости надежной защиты прав потребителей, повышения уровня правовой определенности и сокращения операционных расходов, в частности, малых и средних предприятий, в 2019 г. Европарламент и Совет Евросоюза приняли директивы «О некоторых аспектах контрактов на продажу товаров»[15] и «О некоторых аспектах контрактов на поставку цифрового контента и цифровых услуг»[16]. Директивы направлены на гармонизацию правил в отношении требований о соответствии товаров условиям контракта, а также средств правовой защиты в случае несоответствия товаров условиям контракта.

Изначально, принимая во внимание «цифровую повестку дня», проект Директивы «О некоторых аспектах, касающихся контрактов на продажу товаров» предусматривал ограничение сферы ее применения дистанционными потребительскими отношениями[17]. Однако впоследствии было решено распространить ее действие на все потребительские продажи, поскольку различные нормы права ЕС для онлайн- и оффлайн-контрактов привели бы к неоправданному дроблению «законодательства». Тем не менее именно потребности трансграничных онлайн-рынков доминируют в содержании Директивы, тем самым подтверждая тезис о том, что парадигмы цифрового мира вполне соотносятся с традиционными потребительскими продажами. Об этом свидетельствует и тождественность правовых подходов обеих директив, что также объясняется постепенным размыванием границ между контрактами на продажу товаров и на поставку цифрового контента, например, в случае продажи материальных вещей, содержащих цифровые компоненты.

Обращает на себя внимание отказ от принципа минимальной гармонизации, доминировавший ранее в потребительском праве ЕС[18], в поль-

---

[15] Директива Европарламента и Совета Евросоюза 2019/771 от 20.05. 2019 // СПС Гарант.

[16] Директива Европарламента и Совета Евросоюза 2019/770 от 20.05. 2019 // СПС Гарант.

[17] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods // COM/2015/0635 final — 2015/0288 (COD). Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2015:635:FIN (дата обращения: 19.01.2024)

[18] См., напр.: Директива № 1999/44/ЕС Европарламента и Совета Евросоюза «О некоторых аспектах продажи потребительских товаров и о гарантиях» // СПС КонсультантПлюс. Документ утратил силу с 01.01.2022 в соответствии с Директивой № 2019/771 Европарламента и Совета Евросоюза.

зу принципа полной гармонизации, нашедшего отражение, в частности, в Директиве «О некоторых аспектах контрактов на продажу товаров» (ст. 4). Если принцип минимальной гармонизации подразумевает защитные стандарты ЕС как своего рода «порог», который может быть превышен национальным законодательством государств-членов в пользу потребителей, принцип полной гармонизации определяет не только минимальный, но и максимальный уровень защиты потребителей, который может потребоваться государствам-членам в качестве «потолка». Основным аргументом в пользу такого подхода являлся тезис о необходимости обеспечения равной конкуренции между всеми предприятиями на общеевропейском онлайн-рынке, что благоприятным образом отразится на интенсивности трансграничного товарооборота[19].

Следует отметить, что в целях облегчения трансграничной электронной торговли в ЕС также приняты меры, направленные на защиту прав и интересов не только потребителей, но и профессиональных участков онлайн-рынка — малых и средних предприятий (бизнес-пользователей). В частности, заслуживает внимания Регламент «Об обеспечении справедливости и прозрачности в отношениях между бизнес-пользователями и сервисами электронной коммерции»[20] (далее — Регламент), в преамбуле которого подчеркивается потенциальная зависимость достижения предприятиями коммерческого успеха от сервисов электронной торговли. Учитывая их глобальный масштаб деятельности, разработчики Регламента предусмотрели его применение к провайдерам указанных сервисов независимо от места их учреждения (в государстве-члене ЕС или за пределами Союза) при соблюдении в совокупности двух условий: 1) местом учреждения бизнес-пользователя является государство-член ЕС; 2) бизнес-пользователи посредством онлайн-платформ предлагают товары или услуги потребителям, проживающим в государстве-члене ЕС. Нормы Регламента имеют обязательную силу независимо от права, подлежащего применению к договору, заключенному между бизнес-пользователем и онлайн-платформой.

Регламент применяется, когда условия договорных отношений в одностороннем порядке установлены провайдером сервисов электронной коммерции. При этом Регламент определяет требования к таким условиям, а также предусматривает создание внутренней системы рассмотрения претензий бизнес-пользователей, порядок досудебного урегулирования споров и представительства репрезентативными

[19] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online …

[20] Регламент Европарламента и Совета Евросоюза 2019/1150 от 20.06.2019 «Об обеспечении справедливости и прозрачности в отношениях между бизнес-пользователями и сервисами электронной коммерции» // СПС Гарант.

организациями бизнес-пользователей в компетентных национальных судах ЕС. Таким образом, авторы Регламента предприняли попытку защитить бизнес-пользователей онлайн-платформ, вовлеченных в трансграничные отношения, от необходимости обращения в судебные органы чуждого для них правопорядка и применения не знакомых им норм права посредством возложения дополнительных обязанностей на онлайн-платформы по созданию системы внесудебного разрешения споров [Доронина Н.Г., 2023: 71].

Шаги к унификации правового регулирования электронной торговли сделаны и на постсоветском пространстве. На 31-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 25.11.2008 был принят Модельный закон «Об электронной торговле»[21] (далее — Модельный закон). Он содержит правила о порядке оформления сделок при электронной торговле; о правах и обязанностях участников электронной торговли; об организации обмена электронными сообщениями при оформлении и совершении электронных сделок; об безопасности при осуществлении электронной торговли; о международных электронных сделках. Модельный закон впервые закрепил необходимый понятийный аппарат, а также заложил правовые основы регулирования электронной коммерческой деятельности, что свидетельствует о его большей, в отличие от одноименного Типового закона ЮНСИТРАЛ, ориентированности на страны романо-германской правовой семьи и отражает направленность Модельного закона на потребности евразийской интеграции [Козинец Н.В., 2015: 229-239].

20.06.2023 Коллегия Евразийской экономической комиссии одобрила проект Соглашения «Об электронной торговле в Евразийском экономическом союзе»[22] (далее — проект Соглашения ЕАЭС) и направила его государствам–членам Евразийского экономического союза на для внутригосударственное согласование. Очевидно, что рыночно-ориентированный подход воспринят и странами евразийского пространства: для расширения экономического сотрудничества необходимо обеспечить функционирование внутреннего рынка, значительная доля которого перешла на цифровые рельсы.

Проект Соглашения ЕАЭС исходит из довольно узкого понимания электронной торговли, ограниченного сделками B2C (business to

[21] Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 2009. № 43. С. 268–293.

[22] Распоряжение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 20.06.2023 № 88 «О проекте Соглашения об электронной торговле в Евразийском экономическом союзе». Available at: URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01040203/err_22062023_88 (дата обращения: 23.01.2024)

consumer), осуществляемыми посредством электронной торговой площадки, и не учитывает иные потенциальные варианты взаимодействия сторон — B2B (business to business) и C2C (consumer to consumer). Под электронной торговой площадкой понимается фактически любой сайт (не только агрегатора, но и продавца), обеспечивающий реализацию товара потребителю дистанционным способом.

Проект Соглашения ЕАЭС — преимущественно рамочный документ, содержит вместе с тем и некоторые конкретные нормы, которые в случае его принятия будут применяться непосредственно. Это относится, в частности, к нормам о защите прав потребителей. Так, по п. 3 ст. 5 проекта Соглашения ЕАЭС потребитель вправе отказаться от товара надлежащего качества в течение 14 календарных дней с даты его получения. Вместе с тем проект допускает альтернативу в виде права государств-членов установить иной срок, что полностью нивелирует изначальное императивное положение, лишая его смысла, поскольку установление иного срока (который может быть как длиннее, так и короче) отражается на защите прав потребителей. При этом в государствах-членах заявленные сроки возврата товара надлежащего качества могут отличаться, что идет вразрез с целью проекта — введением единых правил электронной торговли в рамках Союза.

В п. 4. ст. 5 проекта Соглашения ЕАЭС специально устанавливается обязанность профессионального участника электронной торговли возвратить потребителю в случае его отказа от товара надлежащего качества уплаченные денежные средства, за исключением расходов на доставку от потребителя возвращенного товара. Решение о возврате таких расходов остается на усмотрении профессионального участника электронной торговли. Буквальное толкование вышеизложенных правил позволяет сделать вывод: при возврате товара надлежащего качества продавец или агрегатор вправе удержать из суммы подлежащих возврату уплаченных денежных средств стоимость обратной доставки.

Пункты 7 и 8 ст. 5 проекта Соглашения ЕАЭС касаются порядка оплаты товаров в безналичной форме, в частности, государства-члены должны обеспечить свободное использование участниками электронной торговли национальных платежных систем государств-членов, а профессиональные участники должны обеспечить возможность оплаты потребителями товаров с использованием всех национальных платежных систем государств-членов. Таким образом, проект Соглашения ЕАЭС имеет целью не только создать условия для осуществления электронной торговли, но и защитить национальные интересы стран-участниц в условиях международной нестабильности и ограничительной (санкционной) экономической политики отдельных государств. Очевидно,

что указанные пункты проекта Соглашения потребуют значительных усилий в сфере межгосударственного сотрудничества в банковском секторе, но, в случае их реализации на территории всех государств-членов, создадут прочную основу для формирования подлинно внутреннего рынка ЕАЭС.

Задаче защиты национальных интересов государств-членов ЕАЭС отвечает и п. 3 ст. 4 проекта Соглашения, дающий им право установить требования к максимальной доле участия капитала из третьих стран в основном капитале и (или) к составу руководящих органов профессиональных участников электронной торговли. Как отмечают эксперты, площадки электронной торговли относятся к «уязвимой критической инфраструктуре», а предлагаемая норма направлена на то, чтобы создать «некую страховку, защитить внутренних потребителей»[23]. Подобные ограничения в отношении иностранных лиц предусмотрены в российском законодательстве, например, в отечественном Законе «О средствах массовой информации»[24] и касаются учреждения средства массовой информации и организации (юридического лица), осуществляющей вещание, а также в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»[25] применительно к владению аудиовизуальными сервисами.

Глава российской Ассоциации компаний интернет-торговли (АКИТ) предположил, что п. 3 ст. 4 проекта направлен на «приземление» зарубежных компаний на пространстве ЕАЭС, т.е. создание филиалов или представительств на его территории[26]. Указанный подход также нашел отражение в российском законодательстве. Федеральным законом 2021 г.[27] установлены условия ее осуществления, к которым, среди прочего, относится создание филиала, или открытие представительства, или учреждение российского юридического лица и обеспечение их функционирования на территории России, в том числе в целях приема и рассмотрения обращений российских граждан и организаций к ино-

[23] Available at: URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/16/01/2023/63c13eb69a7947688f6bea0a (дата обращения: 24.01.2024)

[24] Закон Российской Федерации от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации» // Российская газета. 1992. № 32.

[25] Федеральный закон от 27.07. 2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

[26] Available at: URL: https://gkgz.ru/eaes-rassmotrit-vozmozhnost-ogranicheniya-inostrannogo-vladeniya-v-marketplejsah/ (дата обращения: 24.01.2024)

[27] Федеральный закон от 1.07.2021 № 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» на территории Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 27 (часть I). Ст. 5064.

странному лицу, исполнения решений судов, принятых в отношении такого иностранного лица, и др.

Следует отметить, что несмотря на неоднократные попытки российских властей разработать и согласовать законодательный акт об электронной торговле[28], в российской правовой системе такой документ пока отсутствует. В то же время законы об электронной торговле действуют в ряде стран постсоветского пространства, в частности, в Азербайджане[29] (2005), Кыргызстане[30] (2021), Таджикистане[31] (2022), Узбекистане[32] (2022). С 2019 года Закон «Об электронной торговле»[33] действует в Китае.

В России в настоящее время идет активное обсуждение законопроекта № 445923-8 «О внесении изменений в Федеральный закон “Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации” и в статьи 12 и 18 Закона Российской Федерации “О защите прав потребителей” (в части организации деятельности маркетплейсов)»[34]. Законопроект вводит понятийный аппарат; устанавливает особенности взаимодействия между владельцами маркетплейсов, продавцами товаров и владельцами пунктов выдачи заказов (в частности, согласно законопроекту, условия договоров могут пересматриваться не чаще одного раза в год; не менее чем за 30 календарных дней

[28] Проект федерального закона № 11081-3 «Об электронной торговле» (внесен в Государственную Думу 3.10.2000, принят в первом чтении 6.06.2001, 23.04.2004 отклонен и снят с дальнейшего рассмотрения); проект федерального закона № 47432-3 «Об электронной торговле» (внесен в Государственную Думу 12.01.2001, 6.06. 2001 снят с рассмотрения в связи с отзывом субъектом права законодательной инициативы); проект федерального закона № 132754-4 «Об электронной торговле» (внесен в Государственную Думу 24.01.2005, 13.09 2005 снят с рассмотрения в связи с отзывом субъектом права законодательной инициативы); проект федерального закона № 136018-4 «Об электронной торговле» (внесен в Государственную Думу 31.01.2005, 13.09.2005 снят с рассмотрения в связи с отзывом субъектом права законодательной инициативы); проект федерального закона № 310163-4 «Об электронной торговле» (внесен в Государственную Думу 16.06.2006,15.06.2011 отклонен).

[29] Закон Азербайджанской Республики от 10.05.2005 № 908-IIQ «Об электронной торговле» // Собрание законодательства Азербайджанской Республики. 2005. № 7. Ст. 564.

[30] Закон Кыргызской Республики от 22.12. 2021 № 154 «Об электронной торговле» // Эркин То. 2021. № 155.

[31] Закон Республики Таджикистан от 24.12.2022 № 1921 «Об электронной торговле» // БД «Законодательство стран СНГ».

[32] Закон Республики Узбекистан от 29.09. 2022 № ЗРУ-792 «Об электронной коммерции» // Национальная база данных законодательства Республики Узбекистан. 2022. № 03/22/792/0870.

[33] Закон Китайской Народной Республики «Об электронной торговле» от 31.08.2018. Available at: https://ipkey.eu/sites/default/files/documents/resources/PRC_E-Commerce_Law.pdf (дата обращения: 25.01.2024)

[34] Внесен в Государственную Думу 25.09.2023; включен в примерную программу решением Государственной Думы на март 2024 года.

стороны должны уведомлять о намерении изменить условия договоров и (или) заключить новый договор); определяет порядок применения маркетплейсами штрафных санкций в отношении контрагентов; предусматривает запрет на одностороннее ограничение доступа к личному кабинету продавца товара и (или) владельца пункта выдачи заказа и др.

В целом законопроект является реакцией на многочисленные регулярно возникающие в последнее время спорные ситуации в сфере электронной торговли, требующие повышенного внимания с точки зрения защиты прав всех заинтересованных лиц. В то же время юридическое сообщество находит необходимыми дополнительные обсуждения законопроекта. В частности, по мнению участников общественной экспертизы законопроекта, требует дополнительной проработки предложение об ограничении периодичности пересмотра любых условий договора. Например, подобное ограничение (с целью защиты слабой стороны в договоре) установлено в ч. 3 ст. 614 Гражданского кодекса применительно к договору аренды. При этом оно действует только применительно к условию об арендной плате. Поэтому эксперты предлагают определить в законопроекте, к каким именно условиям договора должно применяться правило, ограничивающее периодичность их пересмотра[35].

Вместе с тем есть причины положительно оценить концепцию специального регулирования электронной торговли, так как в условиях цифровизации бизнес-среды установление баланса между реализацией принципов свободы договора и защиты слабой стороны сделки, на взгляд автора настоящей статьи, возможно лишь посредством введения специальных императивных нормативных предписаний. Такой механизм регулирования позволил бы определить пределы свободы договора и критерии охраны интересов сторон через нормативно закрепленные обязанности участников сделки (например, относительно прозрачности, доступности условий договора, сроков и способов уведомления об изменении таких условий, распределения рисков и др.), что соответствовало бы задаче реализации в российском законодательстве и правоприменительной практике принципа правовой определенности. При этом речь должна идти о мерах защиты прав и интересов не только потребителей, но и бизнес-пользователей, что отвечало бы современным тенденциям правового регулирования электронной торговли.

[35] Заключение Общественной палаты Российской Федерации по результатам общественной экспертизы проекта федерального закона № 445923-8 «О внесении изменений в Федеральный закон “Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации” и в статьи 12 и 18 Закона Российской Федерации “О защите прав потребителей”». Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/445923-8 (дата обращения: 25.01.2024)

Безусловно, цифровизация общества и возникновение новых отношений не препятствуют применению принципов договорного права, которые вполне могут наполняться особым содержанием [Волос А.А., 2023: 157–167]. Однако в этой ситуации особенно большое значение приобретает их толкование, что открывает широкие возможности судебного усмотрения и не обеспечивает в должной степени предсказуемости судебного решения[36]. Пожалуй, законодательное регулирование в большей степени, нежели судебное правотворчество, будет соответствовать традициям континентальной правовой системы, что подтверждается, в частности, рассмотренным выше опытом Евросоюза.

3. Модели негосударственного регулирования в сфере электронной торговли

Рост числа онлайн-платформ является одним из наиболее значимых экономических и социальных событий последних лет, вызвавшим споры о необходимости корректировки нормативной базы таким образом, чтобы она учитывала меняющуюся структуру рынка. Конструктивные идеи предлагает и экспертное сообщество. В частности, Европейский юридический институт (European Law Institute)[37] подготовил Европейские модельные правила для онлайн-платформ[38] (далее — Модельные правила), «призванные обеспечить «визуализацию того, как может выглядеть сбалансированный правовой подход».

При разработке Модельных правил изучалось право ЕС, законодательство государств-членов, судебная практика, а также международные стандарты. Целью документа является формулирование правил, способствующих справедливости и прозрачности в отношениях между операторами и пользователями платформы. Модельные правила могут служить образцом для национальных, европейских и международных законодателей, а также источником вдохновения при разработке актов саморегулирования и стандартизации.

---

[36] В частности, юридическим сообществом было критически оценено определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 6.06.2023 № 16-КГ23-6-К4, вынесенное по иску Анохина С.Н. к ОАО «Торговый дом ЦУМ» // СПС КонсультантПлюс.

[37] Европейский юридический институт (Вена, Австрия) — независимая некоммерческая организация, созданная для инициирования, проведения и содействия исследованиям, выработки рекомендаций и практических руководств в области развития европейского права. Available at: https://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/ (дата обращения: 25.01.2024)

[38] Report of the European Law Institute «Model Rules on Online Platforms», 2019. Available at: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (дата обращения: 25.01.2024)

Правила предназначены для применения в отношении платформ, которые: а) дают клиентам возможность заключать договоры на поставку товаров, услуг или цифрового контента с поставщиками в цифровой среде, контролируемой оператором платформы; б) дают поставщикам возможность размещать рекламу в цифровой среде, контролируемой оператором платформы; в) оказывают клиентам сравнительные или иные консультативные услуги по идентификации соответствующих поставщиков товаров, услуг или цифрового контента и направляют клиентов на веб-сайты этих поставщиков или предоставляют контактные данные; или г) обеспечивают пользователям платформы возможность оставлять отзывы о поставщиках, клиентах, товарах, услугах или цифровом контенте, предлагаемом поставщиками, через репутационную систему (reputation system).

Данные правила предусматривают общие обязательства операторов платформы перед пользователями платформы, в числе которых: прозрачность информации, рейтингов и условий контракта; общие требования к репутационным системам, в том числе касающиеся критериев профессиональной проверки репутационных систем, порядка переноса отзывов с одной онлайн-платформы на другую, защиты пользователей, реагирования на вводящую в заблуждение информацию, предоставленную пользователями, средств связи для направления уведомлений и коммуникации через платформу, одностороннего изменения договора с пользователем платформы. Так, по ст. 12 Модельных правил оператор платформы вправе в одностороннем порядке изменять условия договора между платформой и пользователем при условии соблюдения следующих требований: а) уведомление об изменении условий пользователь получает не позднее, чем за месяц до вступления изменения в силу; и б) изменение условий отвечает требованиям добросовестности [Волос А.А., 2023: 128–137].

При этом оператору платформы не обязательно соблюдать заявленный срок уведомления, если внесение изменений требуется в связи с внезапным изменением законодательства или для устранения неизбежного риска кибербезопасности. Вместе с уведомлением об изменении условий договора пользователь должен получить копию пересмотренных условий вместе с объяснением того, что было изменено. Пользователь платформы, в свою очередь, вправе расторгнуть договор с платформой в случае изменения условий без соблюдения какого-либо срока уведомления, который применялся бы в противном случае. Уведомление, направляемое платформой, должно информировать пользователя об этом праве.

Модельные правила содержат и иные обязанности оператора платформы перед клиентами, а также перед поставщиками, определяют

порядок рассмотрения жалоб третьих лиц, а также предусматривают ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств и порядок возмещения вреда.

В целом данные правила могут служить не только ориентиром для российских законодателей, но также приниматься во внимание при разработке стандартов деятельности в сфере электронной коммерции на пространстве ЕАЭС. Так, ст. 8 проекта Соглашения ЕАЭС предусматривает создание в рамках Союза добровольных объединений в целях саморегулирования в сфере электронной торговли на едином рынке и налаживания взаимодействия уполномоченных органов с профессиональными участниками электронной торговли. Такие объединения по согласованию с Комиссией ЕАЭС будут вправе устанавливать правила и стандарты деятельности, обязательные в отношении своих членов (совокупный объем электронной торговли которых должен составлять не менее 15% от объемов взаимной электронной торговли в рамках Союза).

При этом членами такого объединения по проекту Соглашения должны в обязательном порядке быть «системно значимые профессиональные участники электронной торговли», т.е. которые оказывают влияние на устойчивость единого рынка, осуществляют электронную торговлю на территориях как минимум трех государств-членов и объем электронной торговли которых превышает 10% от объемов взаимной электронной торговли в рамках Союза.

Такая модель «надгосударственного саморегулирования» является спорной. Во-первых, обязательность участия лица в объединении автоматически лишает объединение статуса добровольного. Во-вторых, необходимость согласования с Комиссией разработанных добровольным объединением правил и стандартов деятельности профессиональных участников электронной торговли противоречит природе саморегулирования. При этом проект Соглашения не определяет аспекты, требующие согласования, из чего следует вывод об обязанности согласовывать любые новые правила и стандарты, разработанные добровольным объединением.

Платформизация торговых отношений закономерно привела к необходимости нахождения баланса между рыночными и административными инструментами управления деловой средой, что является трудной задачей даже в рамках одного государства. В свою очередь, создание единого цифрового рынка ЕАЭС предполагает выработку подходов, которые не только позволят содействовать привлечению капиталов, но и обеспечат защиту прав участников электронной торговли, а также национальных интересов государств-членов. Вместе с тем такие подходы не должны противоречить общим принципам правового регулирования торговых отношений.

В то же время участники рынка электронной торговли не лишены права самостоятельно устанавливать правила бизнеса в той мере, в какой это не противоречит действующему законодательству. Так, российскими онлайн-платформами были разработаны и 07.06.2022 согласованы для применения Стандарты взаимодействия маркетплейсов с продавцами товаров[39] (далее — Стандарты). Как следует из документа, Стандарты разработаны в целях саморегулирования интернет-торговли, создания добросовестных практик взаимодействия маркетплейсов с продавцами товаров, предупреждения недобросовестной конкуренции и содействия в удовлетворении потребностей покупателей в качественных потребительских товарах.

Стандарты предусматривают обязанность маркетплейсов уведомлять продавцов товаров об ухудшающихся условиях оферты (увеличении объема обязанностей продавца товаров, уменьшении объема прав продавца товаров, увеличении комиссии или стоимости услуг) в срок не позднее 14 дней до вступления в силу новой оферты, либо в тот же срок, который требуется на возврат товара со склада маркетплейса. Если маркетплейс осуществляет поддержку нескольких оферт, срок такого уведомления составляет 7 дней до размещения обновленной версии оферты. В ином случае, т.е. в случае невыполнения обязанности своевременного уведомления, действие новой оферты не распространяется на товарные остатки, отгруженные по ранее действовавшей оферте, до акцепта новой оферты самим продавцом товаров. При этом указанное требование не распространяется на случаи, когда оферта была изменена вступившим в силу решением суда или в связи с изменениями в законодательстве.

Как показывает практика, проблема одностороннего изменения условий пользовательского соглашения является одним из краеугольных камней современного «права электронной торговли». Если государство в целях защиты прав и интересов потребителей и бизнес-пользователей стремится жестко контролировать коммерческой деятельность в Интернет-среде, онлайн-платформы заинтересованы в сохранении статус-кво и в праве самостоятельно определять «правила игры» исходя из рыночной ситуации. Хотя, как следует из Стандартов, онлайн-платформы готовы пойти на некоторые уступки, связанные с принятием дополнительных обязанностей по

[39] Available at: URL: https://admin.akit.ru/wp-content/uploads/2022/08/Standarty-po-vzaimodejstviyu-marketplejsov-s-prodavtsami-tovarov-red.-03.06.2022.pdf (дата обращения: 29.01.2024). Стандарты подписаны от имени Ассоциации компаний Интернет-торговли (АКИТ), Общероссийской общественной организации малого и среднего предпринимательства «ОПОРА РОССИИ», Ассоциации производителей фирменных торговых марок «Русбренд», Ассоциации производителей и поставщиков продуктов питания «Руспродсоюз», ООО «Вайлдберриз», ООО «Интернет Решения» (OZON), ООО «Яндекс» (Яндекс.Маркет), ООО «Купишуз» (Lamoda).

уведомлению клиентов при изменения условий оферты, принципиальная позиция относительно того, что реализация онлайн-платформой прав по договору (включая одностороннее изменение условий договора) не является злоупотреблением правом, остается неизменной. Это возвращает юристов к извечной дискуссии о пределах свободы договора.

Заключение

Цифровые платформы не только служат ареной возникновения, изменения и прекращения договорных отношений, но и являются непосредственными субъектами таких правоотношений, а также акторами, формирующими правовой инструментарий в Интернет-среде. Трансграничный характер деятельности цифровых платформ предопределил стремление юридического сообщества выработать на международном уровне универсальный подход к правовому регулированию электронной торговли. Вместе с тем анализ деятельности ЮНСИТРАЛ показал невыполнимость создания универсального, гибкого, международного правового регулирования договорных отношений в Интернет-среде, соответствующего нынешнему уровню развития цифровых технологий и отвечающего современным запросам общества. В ситуации, когда фоомирование национального законодательства многих стран в сфере электронной торговли затягивается, ученые даже в рамках одного правопорядка расходятся во взглядах, а глобальные электронные платформы стремятся к саморегулированию, едва ли можно добиться согласия на международном уровне

В то же время региональное интеграционное сотрудничество государств, прежде всего в экономической сфере, послужило импульсом к совершенствованию правовых основ взаимодействия в русле глобальной цифровой трансформации. Современный тренд на переход от глобализации к регионализации отчетливо проявился и в сфере регулирования электронной торговли. Так, задача формирования единого экономического и правового пространства в рамках интеграционных объединений, обусловила необходимость разработки общих правил регулирования цифрового рынка. Рыночно-ориентированный подход был воспринят как странами европейского, так и евразийского пространства: для расширения торгово-экономического сотрудничества необходимо обеспечить функционирование внутреннего рынка, значительная доля которого перешла на цифровые рельсы.

Распространение онлайн-платформ в области торговых отношений закономерно привело к поискам баланса между рыночными и административными инструментами управления деловой средой, что порождает затруднения даже в пространстве одного государства.

В свою очередь создание единого цифрового рынка в масштабах интеграционного объединения предполагает выработку подходов, которые не только позволят содействовать привлечению капиталов, но и обеспечат защиту прав участников электронной торговли, а также национальных интересов государств-членов.

Попытки сформулировать стандарты взаимодействия между онлайн-платформами, бизнес-пользователями и потребителями предпринимаются как самими «цифровыми гигантами», так и экспертным сообществом. Но если экспертное сообщество ориентировано на поиск наилучших практик, в наибольшей мере отвечающих интересам всех участников правоотношений, то онлайн-платформы обозначают границы возможного отступления от принципа свободы договора в сторону поиска компромиссного решения. Хотя стремление к саморегулированию является объективной тенденцией развития обязательственного права, разработка онлайн-платформами сводов добросовестных практик может рассматриваться как попытка создать «обычное право электронной торговли», что несет риск смещения приоритетов в сфере защиты прав и интересов участников договорных правоотношений. Сказанное обуславливает необходимость адекватного нормативного регулирования на национальном уровне, которое определяло бы границы допустимого саморегулирования.

Несмотря на неоднократные попытки российских властей разработать и согласовать законодательный акт в сфере электронной торговли, в российской правовой системе такой акт отсутствует. В то же время законы об электронной торговле действуют в целом ряде стран постсоветского пространства, в частности, в Азербайджане, Кыргызстане, Таджикистане, Узбекистане.

Очевидно, что в условиях цифровизации бизнес-среды установление баланса прав и интересов всех участников электронной торговли возможно лишь посредством императивных нормативных предписаний. Российское же законодательство идет по пути внесения частичных изменений в многочисленные нормативные акты. Между тем поставленной задаче в большей степени будет отвечать принятие специального законодательного акта, который формировал бы основы торговой деятельности в цифровом пространстве и использовал бы современные тенденции правового регулирования в этой сфере.

Список источников

1. Белоусова О.В. Источники правового регулирования в рамках Европейского Союза: унификация международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 6. С. 140–145.

2. Белых В.С., Болобонова М.О. Понятие, значение и тенденции развития цифрового права // Юрист. 2020. № 1. С. 5–14.

3. Блажеев В.В., Егорова М.А. (ред.) Цифровое право. М.: Проспект, 2020. 640 с.

4. Богдановская И.Ю. Есть ли киберправо, или спор о «лошадином праве» // Право и политика. 2002. № 6. С. 115–120.

5. Вайпан В.А., Егорова М.А. (ред.) Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики. М.: Юстицинформ, 2019. 376 с.

6. Василевская Л.Ю. Цифровизация гражданского оборота: проблемы и тенденции // Российский юридический журнал. 2020. № 6. С. 105–117.

7. Волос А.А. Принципы договорного права в современных условиях цифровизации общества (на примере судебной практики США) // Закон. 2023. № 7. С. 157–167.

8. Волос А.А. Проблемы реализации принципа добросовестности в условиях цифровизации гражданского оборота // Lex Russica. 2023. № 6. С. 128–137.

9. Доронина Н.Г. (ред.) Проблемы унификации международного частного права. М.: Юриспруденция, 2023. 672 с.

10. Ефимова Л.Г. Альтернативный взгляд на правовое регулирование гражданско-правовых отношений в условиях цифровой экономики // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 8. С. 52–62.

11. Карцхия А.А. Цифровое право как будущее российской цивилистики / Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, интернет. Ежегодник. Т. 1. М.: ИНИОН РАН, 2018. С. 26–40.

12. Козинец Н.В. Особенности правового регулирования трансграничной электронной торговли в СНГ и в рамках евразийской экономической интеграции // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 10. С. 229–239.

13. Кучеров И.И., Синицын С.А. (ред.) Цифровая экономика: актуальные направления правового регулирования. М.: НОРМА, 2022. 376 с.

14. Мажорина М.В. Киберпространство и методология международного частного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 230–253.

15. Мажорина М.В. Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex Russica. 2019. № 2. С. 107–120.

16. Михайлов А.В. Перспективы развития законодательства о предпринимательской деятельности в условиях цифровой экономики // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2019. № 3. С. 7–13.

17. Рожкова М.А. Является ли цифровое право отраслью права и нужно ли ожидать появления Цифрового кодекса? // Хозяйство и право. 2020. № 4. С. 3–13.

18. Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2016. 640 с.

19. Северин В.А. Коммерческое право и цифровизация торгового оборота // Конкурентное право. 2022. № 2. С. 22–26.

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

21. Талапина Э.В. Сравнительное цифровое право: становление и перспективы // Журнал российского права. 2021. № 9. С. 18–32.

22. Харитонова Ю.С., Сунь Ци. Цифровизация общественных отношений и верховенство закона: опыт переосмысления в России и Китае // Гражданское право. 2022. № 2. С. 3–8.

23. Birnhack M.D., Elkin-Koren N. The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment. Virginia Journal of Law and Technology, 2003, vol. 8, pp. 1–57.

24. Boyle J. Is the Internet Over?! (Again?). Duke Law & Technology Review, 2019, vol. 18, pp. 32–60.

25. Easterbrook F. H. Cyberspace and the Law of the Horse. University of Chicago Legal Forum, 1996, pp. 207–216.

26. Faraj S. et al. (2021) Unto the Breach: What COVID-19 Pandemic Exposes about Digitalization. Information and Organization, vol. 31, pp. 1-7.

27. Kettemann M.C. et al. The Law of Global Digitality. London: Routledge, 2022. 258 p.

28. Kulesza J., Balleste R. Signs and Portents in Cyberspace: The Rise of Jus Internet as a New Order in International Law. Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, 2013, vol. 23, no. 4, pp. 1311–1349.

29. Lessig L. The Law of the Horse: what Cyberlaw Might Teach. Harvard Law Review, 1999, vol. 113, pp. 501–546.

30. Nyman-Metcalf K., Papageorgiou I.F. The European Union Digital Single Market. Challenges and Impact for the EU Neighbor States. Baltic Journal of European Studies, 2018, vol. 8, pp. 7–23.

31. Post D.G. Against «Against Cyberanarchy». Berkeley Technology Law Journal, 2002, vol. 17, pp. 1363–1385.

32. Reidenberg J.R. Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace. Emory Law Journal, 1996, vol. 45, pp. 911–930.

33. Reidenberg J.R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. Texas Law Review, 1998, vol. 76, pp. 553–593.

34. Trakman L.E. From Medieval Law Merchant to E-Merchant Law. The University of Toronto Law Journal, 2003, vol. 53, p. 265–304.

References

1. Belousova O.V. (2011) Sources of legal regulation within the European Union: unification of private international law. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*=Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, no. 6, pp. 140–145 (in Russ.)

2. Belykh V.S., Bolobonova M.O. (2020) Concept, meaning and trends in the development of digital law. *Yurist*=Lawyer, no. 1, pp. 5–14 (in Russ.)

3. Birnhack M.D., Elkin-Koren N. (2003) The invisible handshake: Reemergence of the state in the digital environment. *Virginia Journal of Law and Technology*, vol. 8, pp. 1–57.

4. Blazheev V.V., Egorova M.A. et al. (2020) Digital law: textbook. Moscow: Prospekt, 640 p. (in Russ.)

5. Bogdanovskaya I. Yu. (2002) Is there cyber law, or a dispute about "horse law". *Pravo i politika*=Law and Politics, no. 6, pp. 115–120 (in Russ.)

6. Boyle J. (2019) Is the Internet over?! (again?). *Duke Law & Technology Review,* vol. 18, pp. 32–60.

7. Doronina N.G. et al. (2023) Unification of private international law. Moscow: Jurisprudence, 672 p. (in Russ.)

8. Easterbrook F. H. Cyberspace and the Law of the Horse. University of Chicago Legal Forum, 1996, pp. 207–216.

9. Efimova L.G. (2021) An alternative view on legal regulating civil relations in the digital economy. *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*=Current Issues of Russian Law, no. 8, pp. 52–62 (in Russ.)

10. Faraj S. et al. (2021) Unto the Breach: What the COVID-19 Pandemic Exposes about Digitalization. *Information and Organization*, vol. 31, pp. 1–7.

11. Kartckhia A.A. (2018) Digital law as the future of Russian civil law. In: Law of the future: intellectual property, innovation, Internet. Yearbook. Vol. 1. Moscow: INION, pp. 26–40 (in Russ.)

12. Kettemann M.C. et al. (2022) The Law of Global Digitality. London: Routledge, 258 p.

13. Kharitonova Yu. S., Sun' Tsi (2022) Digitalization of public relations and the rule of law: rethinking in Russia and China. *Grazhdanskoye pravo*=Civil Law, no. 2, pp. 3–8 (in Russ.)

14. Kozinets N.V. (2015) Features of regulating cross-border electronic trade in the CIS and within the framework of Eurasian economic integration. Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava=Issues of Russian law, no. 10, pp. 229–239 (in Russ.)

15. Kucherov I.I., Sinitsyn S.A. et al. (2022) Digital economy: current directions of legal regulation: a guide. Moscow: NORMA, 376 p. (in Russ.)

16. Kulesza J., Balleste R. (2013) Signs and Portents in Cyberspace: The Rise of Jus Internet as a New Order in International Law. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal,* vol. 23, no. 4, pp. 1311–1349.

17. Lessig L. (1999) The Law of the Horse: what Cyberlaw Might Teach. *Harvard Law Review*, vol. 113, pp. 501–546.

18. Mazhorina M.V. (2019) Digital platforms and international private law, or Is there a future for cyber law? *Lex Russica*, no. 2, pp. 107–120 (in Russ.)

19. Mazhorina M.V. (2020) Cyberspace and methodology of private international law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 2, pp. 230–253 (in Russ.)

20. Mikhailov A.V. (2019) Prospects for the development of legislation on entrepreneurial activity in the digital economy. *Predprinimatel'skoye pravo*=Business Law, no. 3, pp. 7–13 (in Russ.)

21. Nyman-Metcalf K., Papageorgiou I.F. (2018) The European Union Digital Single Market. Challenges and Impact for the EU Neighbor States. *Baltic Journal of European Studies*, vol. 8, pp. 7–23.

22. Post D.G. (2002) Against «Against Cyberanarchy». *Berkeley Technology Law Journal,* vol. 17, pp. 1363–1385.

23. Reidenberg J.R. (1996) Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace. *Emory Law Journal*, vol. 45, pp. 911–930.

24. Reidenberg J.R. (1998) Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. *Texas Law Review*, vol. 76, pp. 553–593.

25. Rozhkova M.A. (2020) Is digital law a branch of law and should we expect the emergence of a Digital Code? *Khozyaystvo i pravo*=Economy and Law, no. 4, pp. 3–13 (in Russ.)

26. Savelyev A.I. (2016) E-commerce in Russia and abroad: legal regulation. Moscow: Statute, 640 p. (in Russ.)

27. Severin V.A. (2022) Commercial law and digitalization of trade turnover. *Konkurentnoye pravo*=Competition law, no. 2, pp. 22–26 (in Russ.)

28. Sinitsyn S.A. (2020) Russian and foreign civil law in robotization and digitalization: a guide. Moscow: Infotropik Media, 212 p. (in Russ.)

29. Talapina E.V. (2021) Comparative digital law: forming and prospects. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 9, pp. 18–32 (in Russ.)

30. Trakman L.E. (2003) From Medieval Law Merchant to E-Merchant Law. *University of Toronto Law Journal*, vol. 53, pp. 265–304.

31. Vasilevskaya L.Yu. (2020) Digitalization of civil circulation. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 6, pp. 105–117 (in Russ.)

32. Vaypan V.A., Egorova M.A. et al. (2019) Regulation of economic relations in the digital economy. Moscow: Justitsinform, 376 p. (in Russ.)

33. Volos A.A. (2023) Principles of contract law in modern conditions of digitalization of society (on US cases). *Zakon*=Law, no. 7, pp. 157–167 (in Russ.)

34. Volos A.A. (2023) Principle of good faith in the context of digitalization. *Lex Russica*, no. 6, pp. 128–137 (in Russ.)

Информация об авторе:

О.В. Сергеева —кандидат юридических наук, старший научный сотрудник.

Information about the author:

O.V. Sergeeva — Candidate of Sciences (Law), Senior Researcher.

Статья поступила в редакцию 31.01.2024; одобрена после рецензирования 04.04.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 31.01.2024; approved after reviewing 04.04.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 347.751
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.51.73

Договор продажи с использованием автоматов в структуре вендинг-бизнеса

Марина Николаевна Малеина

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия, Москва 123995, Садовая-Кудринская ул., 9,
e-mail:maleinamari@yandex.ru, https://orcid.org/0009-0004-2912-2666

Аннотация

Вендинг-бизнес рассматривается как вид инновационной предпринимательской деятельности. Эта сфера включает несколько групп отношений между производителем вендинговых автоматов и покупателем автоматов; собственником автоматов и оператором, осуществляющим их использование; оператором и юридическим лицом по размещению автоматов; оператором и юридическим лицом по закупке товаров для реализации, закупке материалов для выполнения работы, оказания услуги посредством автоматов; оператором и юридическим лицом по ремонту автоматов; оператором и потребителем в купле-продаже, мене товаров, выполнении работ, оказании услуг, временном пользованиию имуществом; оператором фандомата как покупателем использованной тары и гражданином-продавцом; собственником вендинговых автоматов (производителем, оператором) и третьим лицом (не стороной договора) в роли нарушителя или потерпевшего; между операторами, а также между каждым оператором и саморегулируемой организацией в этой области. Предлагается расширить область применения вендинга, включив в нее помимо купли-продажи обмен, временное пользование, оказание услуг, выполнение работ, пожертвование. Центральный договор розничной купли-продажи характеризуется в статье как соглашение, в силу которого продавец (оператор) без присутствия с использованием вендинг-автомата обязуется передать в собственность покупателю товар, предназначенный для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, после совершения покупателем действий по оплате и выбору товара, а покупатель оплачивает товар. Автором выделены проблемы, связанные с заключением и исполнением договора продажи с использованием автоматов (форма договора, обеспечение качества и безопасности товара, размер платы за товар, сохранение персональных данных покупателя), и показаны способы их решения. Обосновывается закрепление в законе перечня товаров, продажа которых недопустима через автоматы или запрещена для про-

© Малеина М.Н., 2024

дажи в определенных местах. В исследовании применены общенаучные методы, а также системный и логический анализ литературы, российского законодательства, метод сравнительного правоведения.

Ключевые слова

вендинг; вендинговый бизнес; договор розничной купли-продажи; договор возмездного оказания услуг; договор выполнения работ; договор на размещение торгового автомата; библиовендинг.

Благодарности: статья подготовлена при информационной поддержке СПС «Консультант Плюс»

Для цитирования: Малеина М.Н. Договор продажи с использованием автоматов в структуре вендинг-бизнеса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 51–73. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.51.73

Research article

Sales Agreement Using Machines in Structure of Vending Business

Marina N. Maleina

Kutafin Moscow State Law University, 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 123995, Russia,

maleinamari@yandex.ru, https://orcid.org/0009-0004-2912-2666

Abstract

The vending business is presented as a type of innovative entrepreneurial activity. This area includes several groups of relations between: the manufacturer of vending machines and the buyer of the machines; the owner of the vending machines and the operator who uses them; the operator and the legal entity for the placement of vending machines; the operator and the legal entity for purchase of goods for sale, purchase of materials to perform work, provision of services through machines, and in the role of a victim; the operator and the legal entity for the repair of machines; the operator and the consumer for the purchase and sale, exchange of goods, performance of work, provision of services, temporary use of things; operator of the fandomat as a buyer of used packaging and a citizen-seller; the owner of vending machines (manufacturer, operator) and a third party (not a party to the contract) as a violator or as a victim; between operators, as well as between each operator and a self-regulatory organization in this area. It is proposed to expand the scope of vending to include, in addition to purchase and sale, the activities of exchange, temporary use of things, provision of services, performance of work, donations. The central retail purchase and sale agreement is characterized as an agreement by virtue of which the seller (operator), without personal presence using a vending machine, undertakes to transfer ownership to the buyer of goods intended for use not related to business activities, after the buyer has completed

payment actions and selection of goods, and the buyer pays for the goods. Reverse vending has its specificity in the form of a purchase and sale agreement using a machine to accept used containers for a fee, where the seller is a citizen and the buyer is an organization or individual entrepreneur. Problematic issues related to the conclusion and execution of a sales contract using vending machines are highlighted (form of the contract, type of product sold, ensuring the quality and safety of the product, amount of payment for the product, preservation of the buyer's personal data), and ways to solve them are shown. The author justifies the enshrinement in law of a list of goods the sale of which is unacceptable through vending machines or is prohibited for sale in certain places. Research methods: general scientific methods, as well as systematic and logical analysis of scientific literature, norms of Russian legislation, comparative law method.

Keywords

vending; vending machine; vending business; retail sale contract; contract on performance of work; placement of a vending machine; library vending.

***Acknowledgments*:** The article was prepared with the information support of the Legal Reference System "Consultant Plus"

For citation: Maleina M.N. (2024) Sales Agreement Using Machines in Structure of Vending Business. *Law. Journal of Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 51–73 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.51.73

Введение

Определение вендингового автомата отсутствует в законе. Согласно п. 60,88 ГОСТ Р 51303-2013 «Национальный стандарт Российской Федерации. Торговля. Термины и определения» (утвержден Приказом Росстандарта от 28.08.2013 №582-ст) «торговый автомат (вендинговый автомат[1]) — нестационарный торговый объект, техническое устройство, предназначенное для автоматизации продажи, оплаты и выдачи штучных товаров в потребительской упаковке в месте нахождения устройства без участия продавца». Термин «торговый автомат» используют в доктрине и судебной практике также для обозначения аппаратов по оказанию услуг или выполнения работ. В ст.2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»[2] дается понятие нестационарного торгового объекта как «торгового объекта, представляющего собой временное сооружение или временную конструкцию, не связанных прочно с земельным участком вне зависимости от наличия или отсутствия подключения (технологического присоединения) к сетям инженерно-технического обеспечения, в том числе передвижное соо-

[1] ИУС Национальные стандарты. 2018. № 1.

[2] СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

ружение». В доктрине выдвинуто предложение о разработке нормативного акта, комплексно регулирующего правила вендинговой торговли [Лукашова А.С., 2019: 41]; [Сергеева С.Н., Учаева О.А., 2023: 13].

Безусловно, требуется дифференцированный подход к разным вендинговым автоматам по продаже и обмену товаров, выполнению работ, оказанию услуг [Gruber S. et al., 2005: 1]. Предлагается разработка правового режима технических средств в зависимости от уровня автономности (физических, программных) с отнесением вендинговых автоматов к техническим средствам, обладающим автономностью в принятии решений в рамках определенной сферы (размеченной территории или конкретного правомочия). По мнению отдельных авторов, «такие технические средства могут участвовать в правоотношениях, однако не являются субъектами права в общем смысле»; ответственность за такие технические средства возлагается на традиционных субъектов (владельца, производителя, оператора и т.п.) [Кутейников Д.Л. и др., 2019: 90]. Можно согласиться с некоторыми особенностями правового режима вендингового автомата как имущества. Между тем утверждение, что такие технические средства могут участвовать в правоотношении, не подкреплено аргументами.

В Европе, по данным European Vending Association, установлено 4,5 млн. торговых автоматов. Ежегодно через них продается товаров на 20 млрд. долл. По мнению аналитиков, этот показатель увеличивается на 5–10% в год [Петренко А.С., Осипова Ю.В., 2016: 87–88]. Прогнозируется, что в 2027 г. мировой рынок автоматов достигнет 146,6 млрд. долл. [Ratnasri N., Sharmilan T., 2021: 160-166].

Объем рынка вендинга в России в 2020 г. составлял более 40 млрд. руб. Общий парк торговых автоматов превышает 178 тыс.[3] Статистика и используемые технологии дают основание полагать, что вендинговый бизнес с технологиями distance selection — инновационный вид предпринимательской деятельности.

Крупные российские вендинг-операторы являются одновременно собственниками автоматов и осуществляют их ремонт. В 2014 г. общее собрание учредителей Союза операторов торговых автоматов утвердило его Устав[4], по которому это общероссийское профессиональное объединение призвано наряду с другими целями содействовать развитию добросовестной конкуренции на рынке оперирования автоматами

[3] Available at: URL: https://infovend.ru/2020/04/lovi-moment-stolichnye-vlasti-prizvali-pomoch-s-razvitiem-vendinga/ (дата обращения: 04.03.2023)

[4] Устав Союза операторов торговых автоматов 14.04.2014. Available at: URL: https://sota-russia.ru/ustav (дата обращения: 19.02.2024)

(3.2.1.), готовить рекомендации по совершенствованию законодательства (3.2.6.), разрабатывать проекты профессиональных стандартов для оперирования автоматами (3.2.7.), представлять интересы членов Союза при защите их прав (3.2.12.). Координация совместной деятельности вендинг-операторов свидетельствует об их переходе на более высокий уровень бизнеса.

1. Структура вендинг-бизнеса

Существует определение вендинг-бизнеса как «бизнеса, построенного на использовании автоматизированных аппаратов для розничной торговли, через которые реализуется широкий спектр различных товаров» [Фадеева З. О., 2020: 188]; [Косарева О.А., Храмова А.В., 2023: 8] или лаконичнее — «продажа товаров через торговые автоматы» [Лебедева А.А., 2017: 8–12].

В действительности сфера охвата этого вида деятельности значительно шире и включает отношения между: 1) производителем и покупателем вендинговых автоматов; 2) собственником автоматов и оператором, использующим их; 3) оператором и юридическим лицом, размещающим автоматы; 4) оператором и юридическим лицом по закупке товаров для реализации, закупке материалов для выполнения работы, оказания услуги, временного пользования вещами посредством автоматов; 5) оператором и юридическим лицом по ремонту автоматов; 6) оператором и потребителем по купле-продаже или обмену товаров, выполнению работ, оказанию услуг, временному пользованию вещами; 7) оператором фандомата как покупателем использованной тары и гражданином-продавцом; 8) собственником вендинговых автоматов (производителем, оператором) и третьим лицом (не стороной договора) в роли нарушителя или в роли потерпевшего; 9) между операторами, а также между каждым оператором и саморегулируемой организацией в этой области.

Следует уточнить юридическую связь между третьим лицом (не стороной договора) и собственником вендинговых автоматов (оператором), возникающую из факта причинения вреда.

Собственник автоматов и (или) оператор, их использующий, несут риски хищения и порчи автоматов (нарушители разбивают дисплеи, поджигают кнопки, забивают мусором любые отверстия, вбрасывают поддельные монеты, пишут неприличные слова и пр.). В статистике поисковых запросов в Интернете существует даже постоянный запрос: «как обмануть (взломать) торговый аппарат». Юридическими средствами предотвращения таких действий и уменьшения их негативных последствий являются заключение договора страхования оборудования,

договора по установке сигнализации или gps-маячка. При выявлении нарушителей собственник вендинговых автоматов и (или) оператор вправе требовать возмещения ущерба в гражданском судопроизводстве.

В зависимости от состава правонарушения нарушитель привлекается к административной ответственности за мелкое хулиганство (ст. 29.1. Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации; далее — КоАП), к уголовной ответственности за вандализм (ст. 214 Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК), умышленные уничтожение или повреждение имущества (ст. 167 УК), кражу (ст. 158 УК). Необходимо дать пояснения к наиболее часто применяемой ст. 214 УК. Здесь объективная сторон преступления выражается в разнообразных действиях — осквернении зданий или иных сооружений или в порче имущества.

Общественная опасность состоит одновременно в нарушении общественного порядка и в причинении вреда имуществу. В п. 15 постановления Пленума Верховного Суда России от 15.11.2007 № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений» предусмотрено, что «в тех случаях, когда наряду с вандализмом (ст. 214 УК) лицо совершает хулиганство, ответственность за которое предусмотрена ст. 213 УК, содеянное следует квалифицировать по совокупности названных статей Уголовного кодекса РФ»[5].

Из диспозиции ст. 214 УК следует, что противоправные действия должны быть совершены на общественном транспорте или в иных общественных местах. Торговые автоматы устанавливают на общедоступных территориях (вокзалы, аэропорты, торговые центры, бензоколонки, остановки транспорта, площадки перед станциями метро и пр.). Даже если автомат установлен в организации (МФЦ, вуз, поликлиника, бизнес-центр и пр.), то им пользуется значительное количество лиц. На общественном транспорте автоматы установлены в метро, реже — на речных и морских судах. Собственно автомат изначально адресован неопределенному кругу лиц, и его установка выполняет роль публичной оферты.

Третье лицо может выступить и в качестве потерпевшего. Например, в 2019 г. в Оренбурге плохо установленный на улице холодильник с напитками из-за ветра упал на проходившую мимо женщину и повредил ей ногу. Суд частично удовлетворил требования потерпевшей, взыскав в ее пользу компенсацию морального вреда и расходы на представителя в суде[6]. В 2023 г. в Екатеринбурге игравшие в футбол подростки закинули мяч за

[5] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

[6] Available at: URL: https://secretmag.ru/news/rossiyanka-otsudila-60-tysyach-rublei-za-upavshii-na-neyo-kholodilnik.htm (дата обращения: 21.11.2023)

новый водомат. Один из игроков полез за мячом через металлический забор, находившийся рядом с водоматом, и получил смертельный удар током. Впоследствии было установлено, что автомат был подключен к сети незаконно[7].

Возможны споры о субъекте ответственности за вред, причиненный жизни, здоровью, имуществу гражданам. Вопрос решается исходя из того, что указано в инструкции производителя автоматов и в договоре производителя (собственника автомата) и оператора, кто из указанных лиц отвечает за конструкцию автомата, его установку, подключение, эксплуатацию, охрану.

Отношения по возмещения вреда, возникающего в результате эксплуатации вендинг-автомата, входят в структуру бизнес-вендинга, поскольку производитель, собственник автомата, оператор осуществляют рисковую предпринимательскую деятельность и несут возникшие в ее процессе убытки.

2. Договоры в вендинг-бизнесе

Все договоры, связанные с вендинговой деятельностью, можно разбить на две группы: 1) договоры, обеспечивающие функционирование продажи, мены, временного пользования вещами, выполнения работ, оказания услуг, пожертвований через автоматы, и 2) договоры продажи, мены, временного пользования вещами, выполнения работ, оказания услуг, пожертвований с использованием автоматов (рис. 1).

Договоры, обеспечивающие продажи, мены, временное пользование вещами, выполнение работ, оказание услуг через автоматы в свою очередь подразделяются на специфические (специализированные) и типичные для любой производственной деятельности договоры.

К специализированным договорам относятся: договор купли-продажи автомата, аренды автомата, на размещение автомата, закупки товаров для реализации, для выполнения работ, оказания услуг временного пользования, ремонта автоматов. Специализированные договоры связаны одинаковым объектом — вендинговым аппаратом, но отличаются по правовым целям. Некоторую специфику могут иметь договоры, обеспечивающие связь собственника автомата и оператора, использующего автомат. Допустимо заключить договор аренды или агентский договор.

[7] Available at: URL: https://bloknot.ru/obshhestvo/ne-ryadovoe-huliganstvo-istoriya-s-oskorblenny-m-mal-chikom-v-shapke-z-poluchila-prodolzhenie-1202060.html htm (дата обращения: 21.11.2023)

Рис. 1

Споры вызывает квалификация договора о размещении оператором вендинг-автомата в офисах, образовательных организациях, торговых центрах, вокзалах. Этот договор в судебной и деловой практике относят либо к договору аренды[8], либо к договору оказания услуг без уточнения вида услуги[9], либо называют его без обоснования особенностей договором размещения[10], договором об организации розничной торговли с

[8] Приказ Минкультуры России от 30.07.2018 № 1317 «О согласовании передачи в аренду части нежилого помещения общей площадью 1 кв. м по адресу: Калининградская обл., городской округ «Город Калининград», наб. Петра Великого, д.1, закрепленном на праве оперативного управления за Федеральным государственным бюджетным учреждением культуры «Музей Мирового океана», для размещения вендингового аппарата» // СПС Консультант Плюс; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.07.2021 № 13АП-17418/2021 по делу № А56-49686/2020 // СПС Консультант Плюс.

[9] Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 12.07.2022 № Ф09-4271/22 по делу № А76-49882/2020; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 25.03.2010 по делу № А33-14855/2009.

[10] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.11.2020 № 09АП-4114/2020 по делу № А40-278422/2019 // СПС Консультант Плюс.

использованием торговых автоматов с предоставлением права использования товарного знака (знака обслуживания)[11].

Договоры продажи, мены, временного пользования вещами, оказания услуг, выполнения работ с использованием автоматов объединяет то, что заключение и исполнение договора оператором производится без непосредственного участия его представителя в месте реализации товара (работы, услуги) через автоматы. Отличия этих гражданских договоров состоят в их правовой природе. По договору купли-продажи потребитель (покупатель) получает за плату в собственность товар в натуре; по договору мены каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороны один товар в обмен на иной; по договору на выполнения работ потребитель (заказчик) за плату приобретает результат, который может быть в форме переработки или иного преобразования вещи; по договору оказания услуг потребитель (услугополучатель) за плату получает удовлетворение в силу совершенных в его пользу действий (деятельности). Специфичен договор купли-продажи с использованием аппарата по приему использованной тары за плату, где продавцом выступает гражданин, а покупателем — организация или индивидуальный предприниматель. Такие отношения иногда именуются «обратным вендингом».

Договор временного пользования вещами с помощью вендинг-автомата ныне применяется в библиотечном деле, а сам процесс именуется «библиовендингом». Читатели получают во временное пользование книги в бумажном варианте или электронные ресурсы, снабженные чипом автоматической идентификации. В автомате есть монитор, на который выводятся предлагаемый список книг и операции читателя, и специальное отделение для получения и возврата книг. Использование автомата возможно по специальной библиотечной карте [Захаров А.В., 2013: 49–50]. Поскольку временное пользование допускается за плату и бесплатно, то к возникающим отношениям применяются нормы о договоре бытового проката или нормы о договоре безвозмездного пользования имуществом.

Отдельное место занимает договор пожертвования с использованием автомата. Появились сообщения о разработке в России вендинг-машины, принимающей пожертвования в благотворительной сфере. Автомат включает кнопки управления (для выбора мероприятия), блок монетоприемника, блок купюроприемника, системный блок, электронную плату управления и интерфейса. Факультативно может быть клавиа-

[11] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2022 № 09АП-6585/2022-ГК по делу № А40-213325/2021 // СПС Консультант Плюс.

тура для набора фамилии клиента, окно выдачи документа с выдачей распечатанного именного сертификата участника акции [Лемешко А.М., Лемешко М.А., 2016: 102]. Таким образом, такое пожертвование сделано в общеполезных целях без указания конкретного одаряемого (благополучателя).

Обратная сторона договора пожертвования — приобретение товара в собственность благополучателем безвозмездно. Примером является установка вендинговых автоматов, обслуживающих бездомных в США и Великобритании. Автомат выдает продукты, одежду, одеяла при условии предварительной регистрации в благотворительной организации, которая сообщает электронный код доступа к автомату[12]. Следует поддерживать любые формы благотворительности, реализуемые непосредственно «из рук в руки», через сайты благотворительных организаций, с помощью вендинговых автоматов и пр.

В России распространилась «уличная» зарядка мобильных устройств — смартфонов, ноутбуков. Если вендинговый автомат (терминал, стойка) установлен в аэропорту, фойе гостиниц, бизнес-центре и подзарядка бесплатна, между гражданином и оператором заключается договор дарения, если же энергия (товар) подлежит оплате, заключается договор купли–продажи.

К безвозмездным договорам временного пользования вещами, дарения и пожертвования через вендинг-автомат не применимо законодательство о защите прав потребителей. Но безвозмездный характер договоров не исключает их из сферы вендинг-бизнеса, поскольку сохраняются имущественные отношения между производителем вендинговых автоматов и пользователями, благополучателями; собственником вендинговых автоматов и оператором, осуществляющим их использование; оператором и юридическим лицом по размещению вендинговых автоматов; оператором и юридическим лицом по ремонту автоматов.

В п. 4 ст. 498 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК) предусмотрено, что если автомат используется для размена денег, приобретения знаков оплаты или обмена валюты, то к этим отношениям применяются правила о розничной купле-продаже, если иное не вытекает из существа обязательства. В действительности при размене денег происходит реализация договора мены (при этом деньги одного номинала как товар меняются на деньги другого номинала как товар), а правила о купле-продаже применяются в силу прямого указания закона.

[12] Вендинг-автомат для бездомных. Available at: URL: https://kiosksoft. ru/news/2018/11/23/vending-avtomat-dlya-bezdomnyh-action-hunger-ustanovili-v-ssha-80274 (дата обращения: 04.03.2023)

В доктрине недавно выдвинуто предложение оформлять один комплексный многосторонний предпринимательский договор между всеми участниками отношений по организации и осуществлению вендинговых продаж для однозначного определения субъекта ответственности перед потребителем [Абрамов В.Ю., Абрамов Ю.В., 2023: 35]. Конструкция многостороннего договора уместна, когда все стороны имеют одинаковую правовую цель и несут однотипные обязанности. Однако указанные выше участники (изготовитель автоматов, арендодатель/услугодатель/ поставщик/оператор и др.) имеют разные правовые цели, и увязать их интересы и реализацию обязанностей в одном договоре не удается. Определение субъекта ответственности должно происходить по общим правилам договорного права.

3. Договор продажи с использованием автоматов

Законодатель относит договор продажи товара потребителю с использованием автоматов к розничной купле-продаже (ст. 498 ГК). По своим правовым характеристикам этот договор возмездный, двустороннеобязывающий, публичный, момент его заключения и исполнения совпадают. Покупатель не индивидуализируется, если механический автомат для выдачи товара предлагает совершить такие действия как нажатие кнопок, прикосновение к экрану. Если оплата товара совершается с помощью биометрической системы контроля, мобильных устройств с функцией NFC (банковская карта привязывается к смартфону), кода в приложении, то личность покупателя определима.

В качестве продавца выступает лицо (оператор), которое использует автомат на праве собственности или по договору аренды с собственником. Согласно п. 1 ст. 492 ГК продавец (коммерческая организация или индивидуальный предприниматель) ведет предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу. В силу п. 1 ст. 498 ГК информация о наименовании продавца товаров и месте его нахождения размещается на автомате или сообщается покупателям иным способом. Согласно п. 29 Правил продажи товаров по договору розничной купли-продаж (утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 31.12.2020 № 2463[13]) продавец обязан довести до сведения потребителя дополнительно основной государственный регистрационный номер продавца, его номер телефона и адрес электронной почты.

Договор продажи с использованием автомата отличается от применения автомата в договоре игры, когда клиенту предлагается посред-

[13] СЗ РФ. 2021. № 3. Ст. 593.

ством определенных манипуляций достать вещь (чаще всего игрушку), поскольку клиент получает только возможность принять участие в игре и получить вещевой выигрыш, но это не гарантированный эквивалент, как в договоре купли-продажи.

От договора купли-продажи с использованием автомата надо отличать действия, посредством которых автоматизируется только часть заключения или исполнения договора. Так, в Москве пассажир вправе приобрести в автомате транспортную карту «Тройка» и пройти в метро, приложив ее к автомату. Складывается впечатление, что между пассажиром и ГУП «Московский метрополитен» установились отношения из договора купли-продажи транспортной карты, хотя в действительности суть возникших отношений состоит в перемещении пассажира на определенную станцию метро за плату, а приобретение карты и ее приложение к автомату — только один из элементов автоматизации на стадии заключения договора перевозки пассажира.

Сравнение договора продажи посредством автомата со смарт-контрактом приводит отдельных авторов к выводу, что несмотря на технологические различия у них имеется ряд общих свойств, в частности невозможность покупателя отказаться от договора после оплаты, необратимость договорного процесса [Rohr J., 2019: 75]. Следует отметить, что покупатель после оплаты все-таки может отказаться от товара и тем самым выразить отказ от договора без притязаний на сумму товара.

Целесообразно обозначить несколько проблем, связанных с заключением и исполнением договора продажи через автоматы (выбор договорной конструкции для характеристики договора, форма договора, вид продаваемого товара, обеспечение качества и безопасности товара, размер платы за товар, сохранение персональных данных покупателя).

В доктрине фигурирует соображение, что «ввиду того, что покупатель только принимает условия, предложенные продавцом в публичной оферте, договор розничной купли-продажи по способу заключения является договором присоединения» [Филиппова Е.Н., Осипова Л.В., 2020: 106-109]. Если рассматривать все виды договоров с использованием вендингового автомата, то нужно отметить, что договоры подряда и возмездного оказания услуг могут быть как договорами присоединения, так и обычными договорами. Например, автоматические массажные кресла Casada (Германия), установленные в торговом центре, проводят 3d-сканирование тела и позволяют настроить программу массажа под индивидуальные особенности человека (т.е. происходит выбор потребителем отдельных условий). Если же рассматривать договор купли-продажи бутылки воды, букета цветов, контактных линз с использованием вендингового автомата, то выбор потребителя происходит на

преддоговорной стадии и имеет место такая договорная конструкция, как «договор присоединения».

Нельзя согласиться с утверждением, что договор продажи товара с использованием автомата заключается в устной форме [Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К.М. и др., 2010: 1]. Согласование волеизъявлений сторон в устной форме не происходит, а о желании заключить договор на определенных условиях можно узнать из конклюдентных действий сторон.

Конклюдентные действия оператора-продавца выражены в выставлении работающего вендингового автомата в доступном для потребителей месте. Конклюдентные действия покупателя могут быть в виде нажатия кнопок, прикосновения к экрану. Испанская технологическая компания разработала и запатентовала технологию Distance Selection, которая позволяет потребителям бесконтактно выбирать товары на экране автомата на расстоянии 2 см, не касаясь экрана и не нажимая кнопки. В условиях пандемии коронавируса или другой заразной болезни такая технология повышает уровень безопасности и гигиены.

В современном мире круг реализуемых посредством автоматов товаров расширяется. В Уссурийске на Дальнем Востоке рыбакам продают опарышей, червяков, в Париже в «Галерее Лафайета» — духи, кремы, мыло, в Чили — натуральные продукты, в Сингапуре — золотые монеты и слитки.

Техническими особенностями вендингового аппарата товар прежде всего ограничен по размеру и весу. Кроме того, имеются запреты продажи видов товаров через автоматы в целях общественной безопасности. По п. 28 Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи «при продаже товаров с использованием автоматов не допускается продажа товаров, свободный оборот которых запрещен или ограничен, а также товаров, к которым есть специальные требования, исключающие возможность их продажи с использованием автоматов». Последняя часть формулировки не понятна, поскольку специальные требования к товару тоже сводятся к запрету его продажи.

Законодательством России запрещена реализация табачной, никотинсодержащей продукции через автоматы (п. 3 ст. 19 Федерального закона от 23.02.2013 № 15-ФЗ «Об охране здоровья граждан от воздействия окружающего табачного дыма, последствий потребления табака или потребления никотинсодержащей продукции»[14]. Не допускается розничная продажа алкоголя в нестационарных торговых объектах, за исключением случаев, предусмотренных законом (пп. 9 п. 2 ст. 16 Феде-

[14] СЗ РФ. 2013. № 8. Ст. 721.

рального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции»[15]). Федеральный закон от 08.01.1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» не упоминает возможности отпуска и реализации наркотических средств через автоматы (ст. 23) [16].

В то же время в отдельных странах (США, Япония, Великобритания, Канада, Сингапур) продажа через вендинговые автоматы алкогольной, никотинсодержащей и наркотикосодержащей продукции практикуется[17]. Для исключения несовершеннолетних и некоторых других лиц из числа покупателей используется несколько способов, в частности: в автомат встроен сканер, программа которого определяет личность покупателя по отпечатку пальца, рисунку вен кисти руки; покупатель предъявляет автомату водительские права; встроенная видеокамера проверяет, идентична ли фотография на правах с лицом предъявившего документ; при установке автомата в гостинице постояльцы предварительно предъявляют администратору удостоверение личности.

Появилось сообщение о разработке российских алкоматов (виноматов), в которых будет применяться система распознавания лиц, чтобы не допустить продажу алкоголя несовершеннолетним. Предполагается, что для использования в приложение нужно заранее загрузить фото и скан документа, который подтверждает возраст[18]. Для такой полной автоматизации продажи алкогольной продукции (несмотря на соблюдение требований к личности покупателя) требуется изменение пп. 9 и пп. 11 п. 2 ст. 16 Закона № 171-ФЗ с указанием об обязательном использовании систем определения возраста покупателя при розничной продаже алкогольной продукции в нестационарных торговых объектах.

Пока нет прямого разрешения или запрета торговли лекарственными препаратами с использованием автомата. Для устранения неопределенности в этом вопросе можно предложить следующее решение, основываясь на отдельных правилах более близкого способа продажи — дистанционной торговле (п. 1.1. ст. 55 Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»[19]). Лекарственные

[15] СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4553.

[16] СЗ РФ.1998. № 2. Ст. 219.

[17] Available at: URL: https://veq.ru/catalog/News-international-market/doc/2395# (дата обращения: 24.01.2024)

[18] Уральские алкоматы: есть ли у них будущее? Available at: URL: https://infovend.ru/2022/08/uralskie-alkomaty-est-li-u-nih-budushhee/ (дата обращения: 15.11.2023)

[19] СЗ РФ. 2010. № 16. Ст. 1815.

препараты можно было бы разрешить к продаже гражданам с использованием автомата, если:

препарат не относится к препаратам наркотическим, психотропным, спиртосодержащим с объемной долей этилового спирта свыше 25%, или препарат не отпускается по рецепту;

продавцом выступает аптечная организация, имеющая лицензию на фармацевтическую деятельность и соответствующее разрешение федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по контролю и надзору в сфере здравоохранения.

Существуют ограничения продажи через автоматы отдельных видов товаров с учетом места размещения и (или) категории адресата-потребителя. Так, нормы СанПиН 2.3/2.4.3590-20 «Санитарно-эпидемиологические требования к организации общественного питания населения» (утверждены Постановлением Главного государственного санитарного врача России от 27.10.2020 №32[20]) для дополнительного питания детей в организованных детских коллективах (например, в обеденном зале) разрешили реализацию пищевой продукции промышленного изготовления в потребительской (мелкоштучной) упаковке через аппараты для автоматической выдачи пищевой продукции. При этом есть ограничения — в частности, питьевая вода должна быть негазированной, а мучные кондитерские изделия — со сниженным содержанием глютена, лактозы, сахара (п. 8.3.2.). При организации питания детей не допускается независимо от формы продажи (через продавца или автомат) такая пищевая продукция, как кофе натуральный, тонизирующие напитки (в том числе энергетические), картофельные и кукурузные чипсы, сырки творожные и пр. (Приложение № 6к СанПиН 2.3/2.4.3590-20).

Департамент здравоохранения Москвы разъяснил индивидуальным предпринимателям и коммерческим организациям условия размещения в подведомственных учреждениях здравоохранения торговых автоматов для реализации фасованных продуктов и горячих напитков. В устанавливаемых в учреждениях автоматах запрещена реализация картофельных чипсов, гамбургеров, жевательных конфет, жареных мучных изделий, тонизирующих, сильногазированных, слабоалкогольных и алкогольных напитков[21]. Очевидно, что подобные ограничения вызваны негативным влиянием отдельных продуктов на здоровье, и собственник здания правомочен принимать решение об использовании своего имущества в русле уставных целей функционирования лечебно-профилактических организаций.

---

[20] Available at: URL: http://pravo.gov.ru, 12.11.2020 (дата обращения: 15.11.2023)

[21] Нормативные документы в фармации и здравоохранении. 2011. № 3.

Торговые сети «ВкусВилл», «Азбука вкуса» начали размещать торговые автоматы в жилых домах и на придомовых территориях Москвы и Санкт-Петербурга. Существует ряд препятствий: угроза пожарной безопасности, возражения части жильцов против свободного доступа сотрудников вендинговых компаний в подъезды, низкая рентабельность, отсутствие должного места (2,5 кв. м) в подъезде. Из преимуществ отметим близость к месту проживания (важно пожилым, инвалидам), круглосуточный доступ.

Анализ запросов предпринимателей и попытки их регулирования показывает, что следует закрепить в законе перечень товаров, продажа которых недопустима через автоматы или запрещена для продажи в определенных местах.

Остается важным вопрос о качестве продаваемых товаров. Так, в 2019 г. Гагаринский суд Москвы признал виновным ООО «Д» в совершении административного правонарушения, предусмотренного ст. 6.6 КоАП («Нарушение санитарно-эпидемиологических требований к организации питания населения»); в результате действий общества в Москве имело место массовое отравление граждан едой из автоматов. Деятельность организации общественного питания через вендинговые автоматы «Healthy food» была приостановлена на 90 дней путем запрета эксплуатации автоматов[22]. В Японии в 1985 г. были зафиксированы умышленные отравления пищевых продуктов непосредственно в автоматах со смертельным исходом [Haberman C., 1985: 1]. Преступник не был обнаружен.

П. 29 Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи специально оговаривает составляющие качества: целостность товара (при продаже товара в потребительской упаковке) и сохранность потребительских свойств для использования товара по назначению. ГОСТ Р 57621-2017. «Национальный стандарт Российской Федерации. Услуги торговли. Продажа скоропортящихся пищевых продуктов через торговые автоматы. Требования» (утвержден и введен в действие Приказом Росстандарта от 22.08.2017 № 941-ст[23]) предусмотрел несколько групп требований, обеспечивающих качество реализуемых через торговые автоматы скоропортящихся пищевых продуктов. Это — требования: к содержанию продукта в торговом автомате, к материалам, контактирующим с пищевым продуктом, к конструкции автомата, к его эксплуатации.

---

[22] Решение Московского городского суда от 20.08.2019 по делу № 7-9759/2019 // СПС КонсультантПлюс.

[23] ГОСТ Р 57621-2017. М.: Стандартинформ, 2017.

Согласно Закону от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей»[24] на «продукты питания, парфюмерно-косметические товары, медикаменты, товары бытовой химии и иные подобные товары (работы) изготовитель (исполнитель) обязан устанавливать срок годности — период, по истечении которого товар (работа) считается непригодным для использования по назначению»; «по истечении установленного срока годности, а также товара (выполнение работы), на который должен быть установлен срок годности, но он не установлен, продажа товара запрещается (п.4-5 ст.5). Между тем реализация этой обязанности вызывает трудности, так как несмотря на установление срока годности на упаковке товара, не всегда у потребителя есть возможность разглядеть соответствующую дату. Один из возможных способов решения проблемы — снабжение каждого автомата дисплеем, на котором при нажатии кнопки у названия товара отразится информация о сроке годности и другие сведения.

В Кодекс поведения членов СОТА (утверждены решением Общего собрания №52 от 27.04.2023[25]) включены дополнительные требования, направленные на обеспечения качества: члены Союза обязаны соответствовать стандартам добросовестного бизнеса, рекламы и конкуренции (3.2.3.), обязаны обеспечивать высокий стандарт качества предлагаемой ими услуги, включая оборудование, сервис и конечный продукт (3.4.2).

При определении субъекта ответственности за некачественный товар в вендинговом аппарате необходимо выяснить, что послужило непосредственной причиной ненадлежащего качества: низкокачественное оборудование, ненадлежащая эксплуатация автомата оператором, действия третьих лиц (вандализм, направленный на автоматы, временное отключение электричества и пр.). Например, судом было установлено, что во время плановой проверки владельцем автоматов условий хранения товара у оператора обнаружили напиток с истекшим сроком годности, что послужило основанием досрочного расторжения договора аренды с оператором[26]. Непосредственно перед потребителем (покупателем), вред здоровью которого причинен, по выбору потерпевшего гражданскую ответственность несет оператор, поскольку он выступает в качестве продавца перед покупателем, или изготовитель товара (п. 1 ст. 1096 ГК). Однако возместивший вред в дальнейшем может обратиться с регрессным иском к непосредственному причинителю вреда.

---

[24] СЗ РФ.1996. № 3. Ст. 140.

[25] Available at: URL: https://sota-russia.ru/codex (дата обращения: 19.02.2024)

[26] Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 12.03.2014 № 05АП-1889/2014 по делу № А51-30179/2013 // СПС КонсультантПлюс.

От права потребителя на надлежащее качество товара законодатель отличает право на безопасность товара, это означает, что использование, хранение, транспортировка и утилизация товара при обычных условиях безопасно для жизни, здоровья, имущества потребителя и окружающей среды (ст. 5, 7 Закона «О защите прав потребителей»). Следует добавить в эту формулировку, что безопасным должно быть и нахождение рядом с автоматом при изучении ассортимента и извлечение товара из автомата (безопасность условий продажи). Основными причинами причинения вреда потенциальному или реальному покупателю являются взрыв, возгорание, падение автомата, удар током в момент выбора товара или потребления продовольственного товара. Например, в одном из бизнес-центров Москвы внутри торгового автомата взорвался баллон с углекислотой. Пострадал человек, находившийся рядом[27].

Очевидно, что размер платы за товар, определяется оператором (если он не совпадает с собственником автомата) и по его указанию наносится на корпус автомата производителем автоматов. Несмотря на принцип свободы договора, действие которого распространяется и на условие о цене, сдерживающим фактором для оператора являются добровольные обязательства члена объединения профессиональных участников вендингового бизнеса. В Кодексе поведения членов СОТА установлено, что члены Союза не применяют демпинговых действий, направленных на устранение других членов Союза с ранее занятых мест размещения (3.2.4).

В последнее время за рубежом в аэропортах, на стадионах, в кафе работают автоматы, на экранах которых перед окончательным платежом появляются подсказки оставлять чаевые — 20% от суммы покупки. При этом покупатели считают, что помощи сотрудников они не получают [Wolfe R., 2023: 1]. Вопрос, давать ли чаевые и в каком размере, остается моральным. Но запрос чаевых на автомате может ввести в заблуждение относительно цены продажи. Поэтому при подтверждении антимонопольным органом факта распространения недостоверной рекламы и невыполнения в установленный срок предписания о прекращении нарушения оператор (нарушитель) привлекается к административной ответственности. Антимонопольный орган вправе также обратиться в суд или арбитражный суд с иском к рекламодателю (оператору) о публичном опровержении недостоверной рекламы за счет рекламодателя (п. 2 ст. 5, п. 3 ст. 38 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»[28]). Если потребитель сочтет, что он введен в заблуждение относи-

[27] Available at: URL: https://news-r.ru/cfo/moskva/v_moskve_vzorvalsya_avtomat_s_gazirovkoy _i_ pokalechil cheloveka (дата обращения: 21.11.2023)

[28] СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

тельно цены товара из-за ненадлежащей рекламы, он вправе предъявить иск о возмещении убытков, о компенсации морального вреда, о публичном опровержении недостоверной рекламы (п. 2 ст. 38 того же Закона).

Отдельная сторона современного вендинг-бизнеса — сбор персональных данных потребителей с помощью телеметрических систем ди-станционного контроля автоматов. Оператору система телеметрии позволяет дистанционно отслеживать наполнение витрин и холодильников, вовремя пополнять ассортимент, прокладывать оптимальный маршрут для водителя, поддерживать необходимую температуру. Одновременно появляются возможности сбора данных клиентов: покупка каждой единицы товара регистрируются с привязкой ко времени суток и к покупателю. В одной из публикаций указывается, что наличие таких цифровых систем, «оснащенных большим количеством датчиков и доступных данных, станет богатым источником данных для анализа различными заинтересованными сторонами: операторами, розничными торговцами и производителями потребительских товаров, чтобы узнать и лучше понять потребности и привычки своих клиентов»[29].

В 2020 г. жительница американского штата Иллинойс предъявила иск фирме Compass Group USA в связи со сбором и хранением отпечатков ее пальцев, собранных на биометрических торговых автоматах без надлежащего разрешения или указания того, как долго будут храниться личные данные, что идет вразрез со всеми законами о конфиденциальности[30]. Впоследствии к этому требованию присоединились и другие жители Иллинойса. Ответчик согласился выплатить 6,8 млн. долл. для урегулирования коллективного иска жителей штата[31].

По российскому законодательству биометрические персональные данные (отпечатки пальцев, изображение лица, образец голоса и пр.) могут обрабатываться только с письменного согласия субъекта персональных данных (п. 1 ст. 11 Федерального закона от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных»[32]). Поэтому обработка вендинговым автоматом персональных данных покупателей без их согласия в любом виде (включая сбор, запись, накопление, хранение, использование и пр.) не

[29] Эпоха пост-COVID-19 будет стимулировать развитие интеллектуальных микромаркетов. Available at: URL: https://infovend.ru/2020/06/epoha-post-covid-19-budet-stimulirovat-razvitie-intellektualnyh-mikro-marketov/ (дата обращения: 15.11.2023)

[30] Первый прецедент: нарушение конфиденциальности в вендинге. Available at: URL: https://infovend.ru/ 2020/03/pervyj-pretsedent-narushenie-konfidentsialnosti-v-vendinge/ (дата обращения: 15.11.2023)

[31] Available at: URL: https://rapsinews.ru/international_news/20211029/307497821.html (дата обращения: 15.11.2023)

[32] СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

законна. Соответственно, субъект персональных данных вправе обжаловать действия оператора в Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций или в суд с требованием о возмещении убытков и (или) компенсации морального вреда. В ракурсе цифровизации общества и технологических процессов решение возможно путем дополнения Закона «О персональных данных» особыми требованиями, касающихся торговых автоматов, использующих телеметрические системы контроля. По мнению автора настоящей статьи, допустимо: ограничить круг действий, совершаемых торговыми автоматами, которые входят в понятие «обработка персональных данных», исключив из их числа накопление, хранение, передачу (распространение, предоставление, доступ) и связав «использование» с целями функционирования автоматов; уточнить форму согласия субъекта персональных данных (вместо согласия в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, ввести согласие в электронной форме путем конклюдентных действий).

На фоне анализа практики можно предложить следующее определение рассматриваемого договора. По договору розничной купли-продажи с использованием автоматов продавец (оператор) без личного присутствия с использованием вендинг-автомата обязуется передать покупателю в собственность товар, предназначенный для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, после совершения покупателем действий по оплате и выбору товара, а покупатель оплачивает товар.

Заключение

Необходимо расширить понятие «вендинг» за счет сферы применения, включив в него помимо купли-продажи деятельность по обмену, оказанию услуг, выполнению работ, временное пользование и пожертвование. Создание специального закона, регулирующего отношения в вендинг-бизнесе, пока не является обязательным. Возможно дополнение уже принятых нормативных актов — ГК, федеральных законов «Об основах государственного регулирования торговой деятельности», «О персональных данных», «Об обращении лекарственных средств», Закона «О защите прав потребителей».

Договор розничной купли-продажи с использованием автоматов является разновидностью договора розничной купли-продажи. Договор продажи гражданином использованной тары с применением автомата (фандомата) и получением денег в наличной или безналичной форме — это разновидность договора купли-продажи движимых вещей.

Имеет смысл внести дополнения в ст. 498 ГК «Продажа товаров с использованием автоматов», в главу 37 ГК — включить отдельную статью «Выполнение работ с использованием автоматов», а в главу 39 — статью «Оказание услуг с использованием автоматов». Особенности продажи товаров с использованием отдельных видов товаров (продовольственных товаров) могли бы быть раскрыты в Правилах продажи товаров по договору розничной купли-продажи.

Следовало бы закрепить в законе перечень товаров, продажа которых недопустима через автоматы или запрещена для продажи в определенных местах. Интересам покупателя будет отвечать снабжение каждого автомата дисплеем, отражающим информацию о сроке годности и другие сведения о товаре.

Необходимо расширить толкование права потребителя на безопасность товара и к сложившимся нормам о безопасности в процессе использования, хранения, транспортировки, утилизации товара, добавить формулировку о гарантии безопасности потребителя в момент (период) нахождения его рядом с товаром (при изучении ассортимента, извлечении товара из автомата).

Для соблюдения правил о конфиденциальности персональных данных покупателей имеет смысл уточнить Закон «О персональных данных» по кругу разрешенных действий по обработке персональных данных, получаемых торговым автоматом с телеметрической системой контроля.

Список источников

1. Абрамов В.Ю., Абрамов Ю.В. Правовое регулирование новых видов предпринимательской деятельности: пособие. М.: Юстицинформ, 2023. 320 с.

2. Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н.,. Арсланов К.М и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: учебно-практический комментарий (постатейный). М.: Проспект, 2010. 992 с.

3. Захаров А.В. Библиовендинг: зарубежный опыт, концептуальное решение для российского рынка // Библиосфера. 2013. N 1. С. 48 –51.

4. Косарева О.А., Храмова А.В. Формирование ассортимента фармацевтических товаров при вендинговой форме продажи //Вестник академии. 2023. N 2. С. 7– 15.

5. Кутейников Д.Л. и др. Регулирование взаимодействия человека с автономными техническими средствами: дискуссия о правовых режимах // Lex russica. 2019. N 9. С. 85 — 95.

6. Лебедева А.А. Торговля через вендинговые автоматы в современной России // Безопасность бизнеса. 2017. N 5. С. 8 — 12.

7. Лемешко А.М., Лемешко М.А. Вендинг-машина для услуг по приему пожертвований в благотворительной сфере // Управление инновациями: теория, методология, практика. 2016. N 19. С. 100–103.

8. Лукашова А.С. Вендинговая торговля: правовое регулирование и перспективы развития // Юридическая наука. 2019. N 8. С. 38–41.

9. Петренко А.С., Осипова Ю.В. Специфика вендинга в индустрии гостеприимств // Гуманитарные и социально-экономические науки. 2016. N 4. С.87– 91.

10. Сергеева С.Н., Учаева О.А. Правовые аспекты вендинга / Сборник статей Международной научно-практической конференции-2023. Петрозаводск: Новая наука, 2023. С. 8–15.

11. Фадеева З.О. Тенденции развития вендинга в России / Потребительский рынок Евразии: современное состояние, теория и практика в условиях Евразийского экономического союза и ВТО. Материалы конференции. Екатеринбург: Уральский государственный экономический университет, 2020. С. 188–192.

12. Филиппова Е.Н., Осипова Л.В. Гражданско-правовые аспекты регулирования вендинга по российскому законодательству / Фундаментальная наука и технологии — перспективные разработки. Материалы XXI международной научно-практической конференции. Morrisville: Lulu Press, 2020. С. 106–109.

13. Gruber S. et al. The Commodity Vending Machine / FORUM WARE international, 2005/2. Available at: https://www.researchgate.net/publication/265079551_the_commodity_vending_machine (дата обращения: 19.02.2024)

14. Haberman C. Japanese puzzle: the vending machine murders. New York Times, 1985, Dec. 10.

15. Ratnasri N., Sharmilan T. Vending Machine Technologies: A Review Article. International Journal of Sciences Basic and Applied Research, 2021, vol. 58(2), pp. 160–166.

16. Rohr J. Smart Contracts in Traditional Contract Law, or: The Law of the Vending Machines // Cleveland State Law Review, 2019, vol. 67, iss. 1, p. 67–87.

17. Wolfe R. Tipping at Self-Checkout Has Customers Crying ‘Emotional Blackmail’. The Wall Street Journal, 2023, May 9.

References

1. Abramov V.Yu., Abramov Yu. V. (2023) Legal regulation of new types of business activities: a guide. Moscow: Justitcinform, 320 p. (in Russ.)

2. Abramova E.N., Averchenko N.N., Arslanov K.M. et al. (2010) Commentary on the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Prospekt. 992 p. (in Russ.)

3. Fadeeva Z.O. (2020) Development trends of vending in Russia. In: Consumer market of Eurasia in the Eurasian Economic Union and the WTO. Papers of international forum. Yekaterinburg: University, pp. 188–192 (in Russ.)

4. Filippova E.N., Osipova L.V. (2020) Vending under Russian legislation. In: Fundamental science and technology: promising developments. Papers of XXI international conference. Morrisville: Lulu Press, pp. 106–109 (in Russ.)

5. Gruber S. et al. (2005) The Commodity Vending Machine. FORUM WARE international, no. 2. Available at: https://www.researchgate.net/publication/265079551_the_commodity_vending_machine

6. Haberman C. (1985) Japanese puzzle: the vending machine murders. *New York Times*. Dec.10.

7. Kosareva O.A., Khramova A.V. (2023) Assortment of pharmaceutical products in the vending sale. *Vestnik akademii*=Bulletin of the Academy, no. 2, pp. 7–15 (in Russ.)

8. Kuteynikov D.L. et al. (2019) Regulation of human interaction with autonomous technical means: discussion about legal regimes. Russian law=*Lex Russica*, no. 9, pp. 85–95 (in Russ.)

9. Lebedeva A.A. (2017) Trade through vending machines in modern Russia. *Bezopasnost biznesa*=Business Security, no. 5, pp. 8–12 (in Russ.)

10. Lemeshko A.M., Lemeshko M.A. (2016) Vending machine for accepting donations in charitable sector. *Upravleniye innovatsiyami*=Innovation management, no. 19, pp. 100–103 (in Russ.)

11. Lukashova A.S. (2019) Vending trade: regulation and development prospects. *Yuridicheskaya nauka*= Legal Science, no. 8, pp. 38–41 (in Russ.)

12. Petrenko A.S., Osipova Yu. V. (2016) Specifics of vending in the hospitality area. *Gumanitarnyye i sotsial'no-ekonomicheskiye nauki*=Humanities and Social-Economic Researches, no. 4, pp. 87–91 (in Russ.)

13. Ratnasri N., Sharmilan T. (2021) Vending machine technologies: a review. *International Journal of Sciences Basic and Applied Research,* no. 2, pp. 160–166.

14. Rohr J. (2019) Smart contracts in traditional contract law, or the law of the vending machines. *Cleveland State Law Review*, vol. 67, no.1, pp. 67–87.

15. Sergeeva S.N., Uchaeva O.A. (2023) Legal aspects of vending. In: II international forum on sustainable development. Collection of papers. Petrozavodsk: Novaya nauka, pp. 8–15 (in Russ.)

16. Wolfe R. (2023) Tipping at Self-Checkout Has Customers Crying 'Emotional Blackmail'. *The Wall Street Journal.* May 9.

17. Zakharov A.V. (2013) Bibliovending: foreign experience, conceptual solution for the Russian market. *Bibliosfera*=Bibliosphere, no. 1, pp. 48–51 (in Russ.)

Информация об авторе:

М.Н. Малеина — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Information about the author:

M.N. Maleina — Doctor of Sciences (Law), Professor, Honored Jurist of the Russian Federation.

Статья поступила в редакцию 20.02.2024; одобрена после рецензирования 30.03.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 20.02.2024; approved after reviewing 30.03.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 343.01
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.74.95

Наследование легализованных цифровых активов: коллизии и возможные направления совершенствования российского законодательства

Юлия Сергеевна Харитонова

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Россия 119991, Москва, Ленинские горы, 1/13,
sovet2009@rambler.ru, https://orcid.org/ 0000-0001-7622-6215

Аннотация

Цифровые финансовые активы, утилитарные цифровые права, цифровой рубль могут принадлежать гражданам, но при составлении распоряжений на случай смерти, а также при оформлении наследства нотариусы и правоприменители оказываются в тупике в связи с незавершенностью правового регулирования данной сферы общественных отношений. Автор видела своей целью анализ возможности применения общего порядка наследственного оформления перехода прав к цифровым правам и цифровым рублям, выявление пробелов и формирование предложений по решению как практических, так и доктринальных затруднений. Использованы методы сбора эмпирической информации, методы обобщения, сравнительно-правовой, формально-юридический. Сформулированы выводы о возможности выделения самостоятельного вида распоряжений на случай смерти в отношении таких особых объектов оборота, как цифровые права в рамках взаимодействия с платформой, на которой такие права выпускаются и обращаются. При отсутствии четкого закрепления правил наследования цифровых прав наследодателям приходится осуществлять условное наследственное планирование путем осуществления фактических действий по обеспечению передачи информации о логине и пароле от цифрового кошелька наследникам, что не позволяет защитить интересы обязательных наследников и переживших супругов. Сопоставление правил оформления и исполнения завещательного распоряжения на случай смерти в отношении денежных средств на счету гражданина в кредитной органи-

© Харитонова Ю.С., 2024

зации, которые законодатель распространил и на цифровой рубль, с особенностями взаимодействия гражданина и платформы относительно оборота цифровых финансовых активов и утилитарных цифровых прав, позволило сделать вывод, что для наследственного правопреемства в отношении цифровых прав наиболее простым в совершении и исполнении будет завещательное распоряжение. Поскольку при регистрации на платформе создается личный кабинет пользователя, оператор платформы проводит идентификацию пользователя, переход прав к его наследникам можно обеспечить путем обращения непосредственно к оператору платформы для получения доступа к цифровым активам.

Ключевые слова

наследование; цифровой финансовой актив; утилитарное цифровое право; распоряжение на случай смерти; завещание; универсальное правопреемство; цифровая валюта.

Для цитирования: Харитонова Ю.С. Наследование легализованных цифровых активов: коллизии и возможные направления совершенствования российского законодательства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 74–95. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.74.95

Research article

Inheritance of Legalized Digital Assets: Conflicts and Possible Areas of Improving Russian Legislation

Yuliya S. Kharitonova

Lomonosov Moscow State University, 1/13 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russia, sovet2009@rambler.ru, https://orcid.org/ 0000-0001-7622-6215

Abstract

Digital financial assets, utilitarian digital rights, digital ruble can belong to citizens, but when drawing up orders in case of death, as well as when executing inheritance, notaries and law enforcers find themselves in a deadlock due to the incompleteness of legal regulation of this sphere of public relations. The author's goal was to analyze the possibility of applying the general procedure of hereditary registration of the transfer of rights to digital rights and digital rubles, to identify gaps and to formulate proposals for solving both practical and doctrinal difficulties. The methods of collecting empirical information, generalization methods, comparative legal, formal legal ones were implemented. The conclusions are formulated about the possibility of singling out an independent type of dispositions in case of death in respect of such special objects of turnover as digital rights in the framework of interaction with the platform on which such rights are issued and circulated. In the absence of a clear consolidation of the rules of inheritance of digital rights, the testators have to carry out conditional inheritance planning by taking actual actions to ensure the transfer of information about the login and password from the digital wallet to the heirs; it does not allow to protect

interests of compulsory heirs and surviving spouses. Comparing the rules of execution and execution of testamentary disposition in case of death in respect of funds on the citizen's account in a credit organization, which the legislator extended to the digital ruble, with the peculiarities of interaction between the citizen and the platform regarding the turnover of digital financial assets and utilitarian digital rights allowed us to conclude that for the hereditary succession in respect of digital rights the most simple in the execution and execution will be just a testamentary disposition. Since the registration on the platform creates a personal account of the user, the platform operator conducts the identification of the user, transfer of rights to his heirs can be ensured by applying directly to the platform operator for access to digital assets.

Keywords

Inheritance; digital financial asset; utilitarian digital right; disposition on death; will; universal legal succession; digital currency.

For citation: Kharitonova Yu.S. (2024) Inheritance of Legalized Digital Assets: Conflicts and Possible Areas of Improving Russian Legislation. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 74–95 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.74.95

Введение

В настоящее время цифровые активы широко распространены. Аккаунты в социальных сетях и многопользовательских онлайн-играх, токены, криптовалюты и цифровые рубли, интеллектуальная собственность — все это становится объектом имущественного интереса граждан и следовательно может стать объектом правопреемства [Волос А.А., 2022: 52]. В то же время незавершенность правового режима каждого из названных объектов ставит правоприменителей и нотариусов в тупик, ведь оформление наследства строго формализовано, а специальных правил или методических рекомендаций насчет подавляющего числа цифровых активов не существует.

В связи с этим остается только предлагать заранее спланировать правообладателям переход прав на цифровые активы наследодателям и постараться обеспечить этот переход фактическими действиями. Тем временем требуется скорректировать действующее законодательство, в первую очередь о наследовании цифровых финансовых активов и утилитарных цифровых прав как наиболее урегулированных на данный момент в российском правовом поле.

1. Цифровые активы как объекты наследственного правопреемства

Согласно ст. 1112 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ; ГК) в состав наследства входят принадлежавшие наследо-

дателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. При этом права, неразрывно связанные с личностью, личные неимущественные права и другие нематериальные блага в состав наследства не входят.

Цифровые права и иные цифровые активы, на наш взгляд, входят в состав наследственной массы как перечисленные в ст. 128 ГК объекты гражданских прав. Однако особенности правового режима каждой из групп объектов могут налагать на наследственный переход определенные требования, а в некоторых случаях вообще делать невозможным применение норм нотариального законодательства по переходу наследства к наследникам. Это подверглось широкому обсуждению не только в России, но и за рубежом [Conway H., Grattan S. 2017: 101]; [Irani Z., Abril R.M. et al., 2022: 3]. Натали Банта отметила, что все цифровые активы имеют одно поразительное сходство: их «наследуемость» контролируется условиями контракта на обслуживание, которые, как правило, «ограничивают возможность наследования и отчуждения цифровых активов» [Banta N.M., 2014: 92].

Выше обосновано, что цифровые активы могут быть разделены на группы; к ним в зависимости от целей их использования применяется соответствующий правовой режим. При этом переходу в порядке универсального правопреемства подлежат лишь оборотоспособные цифровые активы, поскольку возможности цифрового наследования по закону и завещанию ограничены в зависимости от объекта условиями договора и/или конституционным правом частных лиц на тайну частной жизни. При этом легализованы в российском праве далеко не все востребованные в обороте цифровые активы.

В российском правопорядке цифровые активы определены прежде всего как цифровые права, которыми признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяется в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам (ст. 141.1 ГК). Названными в качестве цифровых прав оказались цифровые финансовые активы и утилитарные цифровые права. К цифровым активам также можно отнести цифровой рубль, т.е. такие активы, правовой режим которых законодатель сформулировал в специальном законодательстве. В настоящем исследовании они обозначены как легализованные активы. В отличие от этого относящиеся, с нашей точки зрения, к цифровым активам фактически, но не оформленные законодательно, остаются аккаунты в социальных сетях, невзаимозаменяемые токены разной природы, игровое имущество в многопользовательских играх, персональные и иные данные. В противовес легализованным

объектам эту группу цифровых активов допустимо условно обозначить как нелегализованную (не имеющую четкой законодательной квалификации), хотя и не запрещенную в обороте. Важно определить, каким образом переходят по наследству, прежде всего, те активы, правовой режим которых прямо сформулирован в действующем законодательстве. На основе выявленных закономерностей возможно и обобщение правил оформления наследства на иные виды цифровых активов.

Рассмотрение вопроса о порядке наследования активов невозможно без сопоставления норм законодательства о цифровых активах и законодательства о нотариате, поскольку многие вопросы, которые получили поддержку среди цивилистов в отношении признания возможности универсального правопреемства активов в цифровой среде, могут быть неисполнимы в отсутствие механизмов реализации в нотариальной практике. Примером наиболее благоприятного развития ситуации с наследованием в сфере цифровизации является распространение правил о завещательном распоряжении на цифровой рубль. Не вдаваясь в споры о природе данной «экономической формы денег» [Ефимова Л.Г., 2022: 9]; [Дерюгина Т.В., 2022: 10]; [Хаванова И., 2023: 5], вслед за законодателем подчеркнем сходство денежных средств и цифрового рубля в этом аспекте.

По ст. 128 ГК цифровые рубли относятся к объектам гражданских прав наравне с безналичными денежными средствами, поэтому к ним применяются положения о завещательных распоряжениях правами на денежные средства в банке как о самостоятельном виде завещания в отношении средств, находящихся на счете гражданина (п. 1 ст. 1128 ГК РФ). В силу обновленного п. 4 ст. 1128 ГК правила о завещательном распоряжении денежными средствами применяются к Банку России, который осуществляет открытие и ведение счетов цифрового рубля. Порядок совершения завещательных распоряжений цифровыми рублями определяется Правительством Российской Федерации по согласованию с Банком России[1]. Согласно п. 13.3. Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав[2] права на денежные средства, в отношении которых в банке совершено завещательное распоряжение в соответствии со ст. 1128 ГК, входят в состав наследства и наследуются на общих основаниях.

В то же время денежные средства, а также цифровые рубли могут стать и предметом обычного завещания. Затруднений с составлением

[1] Федеральный закон от 24.07.2023 № 339-ФЗ «О внесении изменений в статьи 128 и 140 части первой, часть вторую и статьи 1128 и 1174 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2023. № 31 (Часть III). Ст. 5765.

[2] Методические рекомендации по оформлению наследственных прав (утв. решением Правления ФНП от 25.03.2019, протокол № 03/19) // СПС КонсультантПлюс.

завещания в этой части возникать не должно. В Методических рекомендациях по оформлению наследственных прав упоминается, что в свидетельстве о праве на наследство могут быть указаны «вещи и наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги (ст. 128 ГК РФ)». Данные правила могут быть распространены и на цифровые рубли.

В российском законодательстве закреплено еще одно понятие — цифровая валюта. Согласно п. 3 ст. 1 Федерального закона № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о ЦФА), «цифровой валютой признается совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам»[3]. Приведенная формулировка, адресованная криптовалютам, не позволяет приравнять цифровую валюту к денежным средствам для целей наследования.

Универсальное правопреемство в отношении «совокупности электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа», возможно исходя из имущественной ценности таких данных для участников оборота. Однако при наследовании и в особенности — при оформлении завещания требуется совершить юридически значимые действия с опорой на достоверную информацию о нахождении соответствующих активов в имущественной (наследственной) массе гражданина. Вопрос: как нотариус сможет оформить переход цифрового кода? В настоящее время такое действие законом прямо не урегулировано.

Законом о ЦФА также введено понятие собственно цифровых финансовых активов, которые определяются как «цифровые права, включающие денежные требования, возможность осуществления прав по

[3] СПС КонсультантПлюс.

эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, которые предусмотрены решением о выпуске цифровых финансовых активов в порядке, установленном Федеральным законом, выпуск, учет и обращение которых возможны только путем внесения (изменения) записей в информационную систему на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы» (п. 2 ст. 1). Выпуск, учет и обращение эмиссионных ценных бумаг, возможность осуществления прав по которым удостоверяется цифровыми финансовыми активами, регулируются Федеральным законом от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»[4].

В отношении перехода по наследству цифровых финансовых активов в Законе о ЦФА прямо указано, что это возможно. Установлена обязанность оператора информационной системы, в которой осуществляется выпуск цифровых финансовых активов, обеспечить внесение (изменение) записей о цифровых финансовых активах на основании выданного в порядке, предусмотренном законом, свидетельства о праве на наследство, предусматривающего переход цифровых финансовых активов определенного вида в порядке универсального правопреемства (п. 2 ст. 6).

Федеральный закон № 259-ФЗ (далее — Закон о краудфандинге)[5] легализует понятие «utility tokens», вводя термин «утилитарные цифровые права». По ст. 8 данного Закона в инвестиционной платформе могут приобретаться, отчуждаться и осуществляться следующие цифровые права (утилитарные цифровые права): 1) право требовать передачи вещи (вещей); 2) право требовать передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности; 3) право требовать выполнения работ и (или) оказания услуг. Но в Законе не указано, каким образом может происходить наследование утилитарных цифровых прав.

2. Формирование наследственной массы: чем подтверждается владение цифровым активом?

Поскольку по ст. 141.1. ГК цифровые права создаются и оборачиваются по правилам информационной платформы, пользователю необходимо зарегистрироваться на такой платформе и создать цифровой коше-

[4] СПС КонсультантПлюс.

[5] Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

лек. Как подчеркнула Т.С. Яценко, «обеспечить принудительный доступ к выявленному наследниками цифровому кошельку наследодателя при отсутствии у них кода пока невозможно» [Яценко Т.С., 2019: 13].

Для примера полезно обратиться к правилам платформы ООО «Атомайз»[6]. В них указано, что у пользователя–владельца ЦФА есть личный кабинет. Это закрытый раздел платформы и/или функциональный компонент мобильного приложения, использование которого требует регистрации и в дальнейшем аутентификации, предназначенный для совершения пользователем сделок по приобретению ЦФА при их выпуске, внесения записей в информационную систему, взаимодействия с оператором информационной системы (в том числе путем уведомлений), а также получения пользователем доступа к информации о балансе пользователя. Каждому пользователю также создается Кошелек пользователя — программное средство, являющееся частью информационной системы и предназначенное для учета ЦФА. Кошельку пользователя присваивается уникальный идентификационный номер и соответствует уникальная пара публичного и приватного ключей[7].

Первичная верификация пользователя происходит через банк, в котором открывается расчетный счет[8]; также требуются копии документов, подтверждающих личность. В результате пользователь платформы получает доступ к публичному и приватному ключам по шифру безопасности, который пользователь получает при регистрации на платформе.

Аутентификация (процедура проверки подлинности пользователя) осуществляется с использованием аутентификационных данных и кода подтверждения. К таким данным относят совокупность логина, пароля и иных данных (кодового словосочетания или пары публичного и приватного ключа, необходимых для доступа пользователя на платформу). Из изложенного следует, что оператор платформы прекрасно знает своего пользователя и может подтвердить, что ЦФА принадлежали на момент открытия наследства конкретному субъекту.

---

[6] Available at: URL: https://atomyze.ru/releases (дата обращения: 09.10.2023)

[7] Приватный ключ — кодовая строка, при помощи которой осуществляется доступ к кошельку пользователя, и которая необходима для осуществления пользователем транзакций. Публичный ключ — парная соответствующему приватному ключу кодовая строка, к которой имеется открытый доступ и которая используется наряду с приватным ключом для транзакций. Публичный ключ соответствует кошельку пользователя. приватный ключ в сочетании с публичным ключом представляет усиленную неквалифицированную электронную подпись по смыслу Федерального закона от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи». Available at: URL: https://atomyze.ru/releases (дата обращения: 09.10.2023)

[8] Available at: URL: https://atm-front.atomyze.ru/register/b2c/identification (дата обращения: 09.10.2023)

Также в вышеназванных правилах установлено, что по заявлению пользователя оператором платформы могут быть предъявлены отчеты и иные подтверждающие документы, связанные с обладанием цифровыми правами (отчет о состоянии кошелька, например).

По логике Регламента совершения нотариальных действий[9] нотариус устанавливает информацию о принадлежности движимого имущества, которое подлежит регистрации или учету (например, автотранспорт, оружие, ценные бумаги), наследодателю на основании документов, подтверждающих принадлежность такого имущества (свидетельства о праве на наследство, свидетельства о праве собственности пережившего супруга, договора), и (или) документов, подтверждающих такую регистрацию или учет. Информацию о наличии или отсутствии прав третьих лиц, в том числе обременений, ареста такого имущества нотариус устанавливает на основании документов, подтверждающих принадлежность имущества и (или) заверений об обстоятельствах соответствующей стороны договора (п. 35, 58 Регламента). Подача нотариусу отчета о состоянии кошелька пользователя платформы может быть воспринята как подтверждение возможности включения в наследственную массу цифровых финансовых активов пользователя, отраженных в его кошельке.

Аналогичного содержания правила мы видим и на инвестиционных краудфандинговых платформах. Фактически получить выписку или отчет о состоянии счета пользователя можно и от операторов платформ для утилитарных цифровых прав[10].

В случае смерти пользователя его близкие могли бы попытаться получить доступ к платформе, минуя нотариуса. Все взаимодействия с оператором платформы происходят через личный кабинет наследодателя, либо путем обращения в кол-центр, но с удаленной аутентификацией пользователя. Наследникам необходимо также знать логин, пароль и одноразовый код из SMS, чтобы пройти верификацию, прежде чем они получат возможность оценить, какое имущество в личном кошельке может быть включено в наследственную массу. Верификация через банк

[9] Приказ Минюста России от 30.08.2017 № 156 «Об утверждении Регламента совершения нотариусами нотариальных действий, устанавливающего объем информации, необходимой нотариусу для совершения нотариальных действий, и способ ее фиксирования» (вместе с «Регламентом совершения нотариусами нотариальных действий, устанавливающий объем информации, необходимой нотариусу для совершения нотариальных действий, и способ ее фиксирования», утв. решением Правления ФНП от 28.08.2017 № 10/17, приказом Минюста России от 30.08.2017 № 156) (Зарегистрировано в Минюсте России 06.09.2017 № 48092) // СПС КонсультантПлюс.

[10] Available at: URL: https://investor.potok.digital/?sa=organic&ysclid=ln346jqsvw546993034 (дата обращения: 09.10.2023)

также будет затруднена, поскольку с мая 2023 года кредитные организации обязаны «на основании полученных от налогового органа сведений о снятии физического лица с учета в налоговых органах в связи со смертью прекратить исполнение распоряжений о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета, вклада (депозита) клиента, за исключением завещательных распоряжений, иных распоряжений в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, а также распоряжений, возможность исполнения которых подтверждена получателю денежных средств и (или) обслуживающему его банку в соответствии с законодательством Российской Федерации, банковскими правилами и договором, если такое подтверждение представлено до получения кредитной организацией сведений о снятии физического лица с учета в налоговых органах в связи со смертью»[11]. Информация из Единого государственного реестра органов записей гражданского состояния будет передаваться и учитываться финансовыми организациями не позднее двух рабочих дней после снятия физического лица с учета в налоговых органах в связи со смертью. Мы видим, что соблюдение правил многофакторной верификации в том числе может обеспечить соблюдение прав наследников.

Допустимо получить свидетельство о наследстве и до получения доступа к цифровому кошельку, но тогда могут пострадать интересы обязательных наследников, переживших супругов и т.п., что повлечет судебные споры. В связи с этим нотариусы стараются обозначить все виды имущества, входящего в наследство и снять риски оспариваний наследственного распределения имущества умершего. Но цифровые активы созданы и существуют на платформе как инфраструктуре их существования. Поэтому правопреемник в отношении цифрового права должен получить доступ к кошельку.

С аналогичными проблемами применения норм о наследовании сталкиваются и зарубежные правопорядки. В известном деле Федеральный суд (BGH) Германии вынес решение от 27.08.2020 III ZB 30/20[12] в отношении аккаунта в социальной сети. После принятия решения в 2018 году о предоставлении доступа к аккаунту девушки социальная сеть не открыла матери доступа к учетной записи ее дочери, а вместо этого отправила USB-накопитель, на котором находился PDF-файл интересующей учетной записи, содержащий более 14 000 страниц. Однако суд решил,

[11] Федеральный закон от 18.11.2022 № 438-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

[12] Available at: https://www.erbrecht-ratgeber.de/erbrecht/erbschaft/facebook-konto.html (дата обращения: 09.10.2023)

что наследник должен иметь те же возможности, что и наследодатель. Доступ, открываемый социальной сетью, включает возможность матери следить за учетной записью дочери и ее содержимым «так же, как это могла бы сделать сама дочь». По мнению Федерального суда, «доступ к аккаунту означает, что вы как наследник и правопреемник должны иметь возможность «получить доступ» к аккаунту, находящемуся в зоне контроля должника, и… не просто передавать его содержимое». В данном случае наследница должна получить и возможность «перемещаться» по аккаунту наследодателя, как ранее это было возможно для наследодателя-владельца аккаунта. Предоставление доступа только к контенту не признается надлежащим исполнением решения суда. Суд обязал социальную сеть привести учетную запись умершей дочери в состояние, позволяющее пользоваться аккаунтом как частью социально сети с его функционалом.

Практика США в вопросе завещания цифровых активов впервые в российской доктрине исследована Г.В. Киселевым [Киселев Г.В., 2021: 44–47]. Он ввел в научный оборот анализ принятого в 2014 г. Закона о внесении изменений в раздел 12 Кодекса Делавэра, касающегося фидуциарного доступа к цифровым активам и цифровым аккаунтам. В Законе определены понятия «цифровой аккаунт» и «цифровой актив», а также установлена возможность назначить фидуциария по цифровому аккаунту или цифровому активу, который враве осуществлять все права на цифровые активы и цифровые учетные записи владельца счета в той мере, в какой это разрешено законом или любым лицензионным соглашением с конечным пользователем[13]. С 2015 г. во многих штатах США принят Единый закон о фидуциарном доступе к цифровым активам (FADA), позволяющий физическим лицам указывать в завещаниях, что их представитель вправе иметь доступ к их электронной почте и профилям в социальных сетях[14]. Поскольку аккаунты не обладают оборотоспособностью в общем праве, речь идет о доступе представителф, не обязательно наследника. Право такого лица, личного представителя, на доступ к цифровым активам закреплено и в Единообразном наследственном Кодексе США (разд. 3-711)[15].

[13] House of Representatives 147th General Assembly (2014). An Act to Amend Title 12 of the Delaware Code Relating to Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts. House Bill no. 345. Available at: http://legis.delaware.gov/BillDetail/23219 (дата обращения: 09.10.2023)

[14] The Conversation 2018. Estate planning for your digital assets. Available at: https://theconversation.com/estate-planning-for-your-digital-assets-90613 (дата обращения: 09.10.2023)

[15] Uniform Probate Code 1969. Last Amended or Revised in 2019. Available at: https://www.law.cornell.edu/uniform/probate (дата обращения: 09.10.2023)

Зарубежные правопорядки предлагают модель «управления» таких цифровых активов, как аккаунты в социальных сетях, в соответствии с которой назначенный распорядитель будет посредником между желаниями покойного и его данными, а также удовлетворять потребности и запросы семьи покойного и его друзей в сети [Brubaker J.R., Dombrowski L.S. et al., 2014: 4158]. Идеи немецких судов и американских законодателей, могут быть применены не только к аккаунтам в социальных сетях. Доступ наследников к кошельку наследодателя может, с одной стороны, избавить правопреемников от необходимости проходить отдельную процедуру регистрации на платформе, но с другой — наследнику будет доступна вся информация по операциям наследодателя с момента открытия кошелька. Это не вполне соответствует нормам закона о тайне частной жизни и может стать объектом недобросовестных манипуляций. Поэтому оптимальное решение вопроса о доступе наследников к цифровым активам — прямо указать, что наследнику открываются личный кабинет и цифровой кошелек, а не доступ к ранее открытому кабинету/кошельку умершего.

3. Требования к форме и содержанию завещательного распоряжения и цифровые технологии

Одной из функций наследственного правопреемства можно назвать обеспечение передачи активов к наследникам по воле наследодателя. Нотариальные действия по составлению завещания и передаче имущества по наследству строго формализованы действующим законодательством, что может затруднять оформление наследства в отношении объектов в цифровой форме.

На первый взгляд, для составления завещания требуется только обозначить передаваемое по наследству имущество и подписать документ. Однако анализ практики оспаривания завещаний показывает, в чем риск ныне действующей системы. Часто завещания оспариваются в связи с тем, что они хотя и удостоверены нотариусом, но составлены и подписаны лицами с ограниченными возможностями, что, по мнению оспаривающих завещание, является критичным для соблюдения процедуры составления распоряжения на случай смерти. Так, поскольку на момент составления завещания наследодатель являлся слабовидящим, наследники доказывали в суде, что завещатель не мог прочесть текст завещания самостоятельно[16]. Оспаривание по данному основанию в при-

[16] Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 06.02.2018 № 78-КГ17-88) // СПС КонсультантПлюс.

веденном случае стало возможным даже после того, как судебная почерковедческая экспертиза подтвердила подлинность подписи завещателя. Судам рекомендовано при рассмотрении подобного рода споров учитывать, что юридически значимым обстоятельством по делу является «в том числе установление соответствия требованиям закона порядка составления оспариваемого нотариального завещания» (п. 2 ст. 1125 ГК).

Фактически нотариусу необходимо проверить не только доступ наследодателя к паролю и логину цифрового актива, но и соблюсти порядок составления завещания. Е.А. Ходырева полагает, что «решающее значение при решении вопроса о передаче цифровых объектов по наследству должна иметь воля наследодателя. При отсутствии явно выраженного намерения о назначении наследника, получающего доступ к цифровым объектам» [Ходырева Е.А., 2022: 79]. В приведенном случае автор имеет в виду правопреемство не только в отношении цифровых финансовых активов, но и в отношении аккаунтов, для которых соблюдение тайны частной жизни обладает наибольшей очевидностью. В то же время цифровые активы в виде утилитарных цифровых прав и цифровых финансовых активов также обладают спецификой, хотя и свободны от связи с личностью обладателя.

Здесь можно обратиться к опыту регулирования наследственного перехода имущественных прав — безналичных денежных средств и цифрового рубля. Полагаем, что легализованные в федеральном законодательстве цифровые активы в виде цифровых финансовых активов и утилитарных цифровых прав, не сопровождаемые личными неимущественными правами, могут быть объектами завещательного распоряжения.

С.Ю. Филиппова отмечает, что у единого по своей сути явления — распоряжений на случай смерти — могут быть выделены разные формы, в том числе наравне с завещанием существует и завещательное распоряжение правами на денежные средства в банке [Филиппова С.Ю., 2022: 159]. Несмотря на их сходство, они все же различаются по форме и содержанию. В отношении средств, находящихся на счете, такое завещательное распоряжение имеет силу нотариально удостоверенного завещания.

В силу ст. 1128 ГК завещательные распоряжения могут составляться относительно прав на средства, внесенные гражданином во вклад или находящиеся на любом другом счете гражданина в банке или иной кредитной организации, которой дано право привлекать во вклады или на другие счета денежные средства граждан[17]. Эти средства выдаются на-

[17] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // СПС КонсультантПлюс.

следникам на основании свидетельства о праве на наследство и в соответствии с ним.

В доктрине отмечено, что завещательное распоряжение касается только безналичных денежных средств как имущественных прав [Лазаренкова О.Г., Алексеева Е.В., 2021: 32]. Цифровые права в виде цифровых финансовых активов и утилитарных цифровых прав также обладают имущественной природой. Расширение действия ст. 1128 ГК также возможно в связи с тем, что завещательное распоряжение допускается составлять и в отношении валютных счетов. Оборот цифровых активов только на платформах позволяет предложить допустить лицам, уполномоченным вести операции на рынке инвестиционных услуг, оформлять завещательные распоряжения прямо на платформе.

Порядок составления завещательного распоряжения строго регламентирован законодательством и направлен на обеспечение фиксации истинной воли наследодателя. Завещательное распоряжение правами на денежные средства в банке должно быть собственноручно подписано завещателем с указанием даты его составления и удостоверено служащим банка, имеющим право принимать к исполнению распоряжения клиента в отношении средств на его счете (п. 2 ст. 1128 ГК РФ).

Порядок совершения завещательных распоряжений денежными средствами в банках определяется Правилами совершения завещательных распоряжений правами на денежные средства в банках (утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 27.05.2002 № 351)[18]. Согласно названным Правилам совершение завещательного распоряжения производится гражданином в письменной форме в банке, в котором находится этот счет. Составление, подписание и удостоверение завещательного распоряжения осуществляется при соблюдении следующих условий: 1) личность завещателя удостоверяется паспортом или другими документами, исключающими любые сомнения относительно личности гражданина; 2) информирование завещателя о содержании статей о защите интересов иных наследников и переживших супругов, о чем делается отметка в завещательном распоряжении; 3) лица, участвующие в совершении завещательного распоряжения, обязаны соблюдать тайну завещания.

Завещательное распоряжение подписывается завещателем с указанием даты составления. Оно может быть написано от руки либо с использованием технических средств (компьютера, пишущей машинки и др.). Поправки и приписки не допускаются. Оно составляется в двух экземплярах, каждый из которых удостоверяется подписью служаще-

[18] СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2097.

го банка и печатью. Первый экземпляр выдается завещателю, а второй регистрируется в книге завещательных распоряжений и подшивается в папку завещательных распоряжений, хранящуюся в несгораемом шкафу. Служащий банка на счете завещателя делает отметку о составленном завещательном распоряжении.

В случае смерти завещателя нотариус направляет в банк запрос (с приложением удостоверенной копии свидетельства о смерти наследодателя) с просьбой подтвердить факт удостоверения завещательного распоряжения сотрудником банка и факт его отмены или изменения. Ответ на запрос подписывается руководителем банка с проставлением печати и направляется нотариусу в течение месяца. Если к запросу приложена копия завещательного распоряжения наследодателя, ответ на запрос может быть изложен под текстом этого завещательного распоряжения.

Такое подробное воспроизведение Правил позволяет убедиться, что составлялись они когда собственноручное составление завещательного распоряжения не было заменено повсеместно распечаткой на компьютере или в специальном приложении и до распространения цифровых технологий.

Современная же судебная практика идет по пути строгого соблюдения предписаний норм ГК и морально устаревших Правил. Причиной отказа в выдаче денежных средств наследнику может стать отсутствие в банке книги регистрации завещательных распоряжений и специальной папки завещательных распоряжений, обязанность ведения которых возложена на банковскую организацию, на дату оформления завещательного распоряжения[19]. Предъявление ксерокопии завещательного распоряжения не рассматривается как факт совершения распоряжения надлежащим образом, а отсутствие оригинала распоряжения свидетельствует о его недействительности в связи с совершением в ненадлежащей форме[20].

Соблюдение порядка и способа совершения завещательного распоряжения оценивается как возможность подтверждения направленности воли завещателя[21]. При несогласии с содержанием завещательного рас-

---

[19] Даже если из ответа банка усматривается, что по счету наследодателя в электронной базе данных имеются сведения о завещательном распоряжении. Предоставить копию завещательного распоряжения на бумажном носителе невозможно ввиду его отсутствия в банке на бумажном носителе. Иногда утрата бумажных носителей из архива банка может приводить к тому, что и в автоматизированной системе банка отметка о наследнике по счету также будет удалена. См.: Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 08.09.2021 № 88-16489/2021 // СПС КонсультантПлюс.

[20] Апелляционное определение Московского городского суда от 28.08.2019 по делу № 33-32000/2019 // СПС КонсультантПлюс.

[21] Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 30.06.2020 по делу № 2-1448/2020 // СПС КонсультантПлюс.

поряжения, совершенного в установленном порядке, потребуется доказать его недействительность[22]. Механизм составления завещательного распоряжения цифровыми активами может быть автоматизирован на платформе в более простом, но с учетом верификации действий пользователей, надежном виде при условии создания правил, отличных от требующих явки в офис банка.

Таким образом, переход по наследству легализованного в одном из специальных законов цифрового актива, в отношении которого составлено завещательное распоряжение, может стать возможным в рамках цифровой платформы на общих основаниях в соответствии с нормами ГК.

4. Составление распоряжения на случай смерти с применением цифровых технологий

Удаленное составление и удостоверение завещания в российском правопорядке сталкивается с наиболее критичными ограничениями. Завещания признаются недействительными вследствие ничтожности при несоблюдении установленных в ГК требований (ст. 1118 ГК РФ): 1) обладания гражданином, совершающим завещание, в этот момент дееспособностью в полном объеме; 2) недопустимости совершения завещания через представителя; 3) письменной формы завещания и его удостоверения; 4) в других случаях, установленных законом[23].

Проблема в том, что на сегодня у нотариуса отсутствует легальный и, следовательно, обязательный, способ дистанционно проверить указанные факты.

Нетрудно видеть, что под влиянием запросов общества нотариат увеличивает количество действий, совершаемых удаленно. В Основах законодательства о нотариате появилась ст. 44.3, посвященная удаленному совершению нотариальных действий: «Нотариус может совершать удаленно (без личной явки к нотариусу лица, обратившегося за совершением нотариальных действий) нотариальные действия, предусмотренные статьями 81, 85.1, 86, 87, 88.1, 89, 97 (в части хранения электронных документов), 103, 103.7, 103.9-1, 103.14 настоящих Основ»[24].

---

[22] Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 28.04.2020 № 88-4010/2020 // СПС КонсультантПлюс.

[23] П. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // СПС КонсультантПлюс.

[24] Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) // СПС КонсультантПлюс.

В список нотариальных действий, совершаемых удаленно, внесены: свидетельствование верности перевода, изготовленного нотариусом; передача электронных документов физическим и юридическим лицам; принятие в депозит безналичных денежных средств; депонирование безналичных денежных средств; совершение исполнительной надписи для взыскания задолженности в бесспорном порядке; хранение электронных документов; обеспечение доказательств в виде осмотра информации в сети Интернет; выдача выписки из реестра уведомлений о залоге движимого имущества; удостоверение равнозначности электронного документа, изготовленного нотариусом в ином формате, электронному документу, представленному нотариусу; выдача выписки из реестра распоряжений об отмене доверенностей.

Первоначально в данном перечне также было такое действие, как удостоверение решения единственного участника юридического лица. Но позднее оно было исключено из списка удаленных действий нотариуса[25]. При этом в Пояснительной записке к законопроекту указывалось, что «при удостоверении нотариусом решения единственного участника юридического лица (статья 103.10-1 Основ законодательства о нотариате) нотариус помимо установления личности единственного участника юридического лица, его полномочий и права на принятие решения, должен непосредственно убедиться из личного общения с заявителем о наличии у него воли на принятие соответствующего решения, что невозможно при совершении нотариального действия удаленно в порядке, предусмотренном статьей 44.3 Основ»[26].

Основной причиной ограничения списка нотариальных действий, совершаемых удаленно, является отсутствие легальных способов проверки формирования и выражения воли лица, обратившегося к нотариусу за совершением завещания, сделки, подтверждением принятого решения и т.д. Соблюдение подобных правил при составлении завещания дистанционно ныне технически невозможно. Опыт зарубежных стран показывает, что стремиться к удаленному совершению завещаний можно, но реализация таких проектов всегда связана с поддержанием инфраструктуры системы нотариата. В результате развития нотариальных процедур на основе римских правовых институтов, позволявших нотариусу при исполнении государственных функций оставаться лицом свободной профессии, этот вид деятельности получил название

[25] Федеральный закон от 28.04.2023 № 145-ФЗ «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» // СПС КонсультантПлюс.

[26] Проект Федерального закона № 230275-8 «О внесении изменений в статью 1 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., внесенная в Государственную Думу, текст по состоянию на 08.11.2022) // СПС КонсультантПлюс.

«латинского нотариата» [Галикеева И.Г., 2016: 61] в противовес нотариату церковному. Возможно, сегодня в латинском нотариате назрела необходимость выделения нотариата цифрового?

На взгляд автора настоящей работы, первым шагом должна стать выработка порядка составления, подписания или удостоверения завещания в дистанционном формате, а также создание условий для невозможности искажения волеизъявления завещателя в отношении цифровых активов. В отношении невозможности искажения воли завещателя сегодня обсуждается возможность создания смарт-контрактов на основе распределенного реестра, что позволит точно исполнить волю завещателя путем транзакции завещанного цифрового актива из наследственной массы наследодателя в электронный кошелек наследника [Brammertz W., Mendelowitz A.I., 2018: 89]. В литературе уже выдвинута позиция: «в России решение о возможном обороте криптовалют *(и иных легализованных цифровых активов;* курсив мой. — Ю.Х.*)* будет принято путем реализации государственной воли и полномочий органов законодательной власти» [Волос А.А., Волос Е.П., Папылев Д.А., 2023: 121]. В данном случае мы говорим о наследовании по завещанию, но и по закону такие сервисы могли бы помочь передать имущество наследникам. Есть причины полагать, что внесение в условия смарт-контракта правил о выделе обязательной доли также возможно. Контроль за содержанием алгоритмов в конечном счете ложится на нотариальное сообщество как выполняющее функцию обеспечения прав граждан в сфере наследства.

Как и в случае с нотариальными действиями, совершаемыми удаленно, завещательное распоряжение на случай смерти по поводу цифровых активов на платформе может быть подписано цифровой подписью пользователя. При отсутствии таковой можно было бы даже допустить обращение к нотариусу для подписания завещательного распоряжения усиленной квалифицированной электронной подписью нотариуса, который тем самым сможет удостоверить равнозначность электронного завещательного распоряжения документу на бумажном носителе.

Заключение

При отсутствии узаконенных и выполнимых механизмов посмертной передачи цифровых активов, правовой режим которых легализован в российском законодательстве, гражданам остается самостоятельно решать вопросы наследственного планирования. При этом нотариусы не готовы проверять и отражать в свидетельствах о праве на наследство цифровые права, поскольку формализация данного процесса фактически отсутствует, а ответственность за правильность распределения наследственной массы лежит на нотариусе.

Риски при обеспечении перехода к третьим лицам, в том числе из круга наследников цифровых активов в том, что сделки, направленные на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей при наследовании (в частности, завещание), могут быть признаны судом недействительными в соответствии с общими положениями о недействительности сделок и специальными правилами Гражданского кодекса[27]. Также следует упомянуть риски банкротства наследственной массы и необходимости выплаты обязательной доли, выделения супружеской доли из наследственной массы. Попытки передать цифровые активы вне общих правил о наследовании приведут к оспариванию соответствующих действий.

Отдельно стоит и вопрос о делимости цифровых активов. Так, цифровые рубли могут быть поделены вплоть до копеек, в то время как цифровые утилитарные права раздела в нашей юрисдикции не предполагают. Следовательно, вероятна ситуация, когда актив должен будет быть разделен между наследниками в силу императивных норм ГК о наследовании, но для платформы это будет означать появление соправообладателей в отношении активов умершего.

В зарубежных правопорядках идет активный поиск способов сохранности конфиденциальной информации логина и пароля пользователя — наследодателя. Создаются специальные ИТ-компании, гарантирующие передачу информации наследникам. Так, с целью защиты прав граждан на цифровые объекты после смерти в Великобритании образована Ассоциация цифрового наследия, занимающаяся вопросами планирования в определении судьбы цифровых объектов[28]. Об аналогичных подходах говорят юристы Швейцарии[29] и Нидерландов. Но в части данных, хранящихся только в интернете, преобладающей в исследованиях остается тема правового режима личных прав, не предусматривающий их переход к наследникам. Введение завещательного распоряжения в отношении легализованных цифровых активов позволит избежать их, как выразились исследователи, «цифровой девальвации» [Cook D. et al., 2019: 5]. Это потребует изменений и в условиях соглашений, заключаемых лицом при жизни, с оператором цифровой платформы, но даст возможность защитить прав наследников и интересы завещателей.

---

[27] П. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // СПС КонсультантПлюс.

[28] Available at: https://digitallegacyassociation.org/ (дата обращения: 09.10.2023)

[29] Available at: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/Internet_und_Computer/onlinedienste/digitales-erbe.html (дата обращения: 09.10.2023)

Список источников

1. Волос А.А. Цифровизация общества и объекты наследственного правопреемства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 51–71.

2. Волос А.А., Волос Е.П., Папылев Д.А. Цифровые вызовы современного наследственного права:. М.: Проспект, 2023. 168 с.

3. Галикеева И.Г. Из истории возникновения нотариата в России // Правовое государство: теория и практика. 2016. № 1. С. 61–62.

4. Дерюгина Т.В. Цифровая валюта и цифровой рубль: к вопросу о правовой новации // Цивилист. 2022. N 1. С. 8–11.

5. Ефимова Л.Г. О правовой природе безналичных денег, цифровой валюты и цифрового рубля // Цивилист. 2022. № 4. С. 6–15.

6.Киселев Г.В. Правовые проблемы наследования игровых аккаунтов в многопользовательских онлайн-играх // Право и бизнес. 2021. № 3. С. 44–47.

7. Лазаренкова О.Г., Алексеева Е.В. Неопределенность правового регулирования и судебного толкования завещательного распоряжения правами на денежные средства в банке как проявление кризисных явлений в праве // Наследственное право. 2021. № 3. С. 31–34.

8. Филиппова С.Ю. Распоряжение граждан на случай смерти// Физические лица как субъекты российского гражданского права. М.: Статут, 2022. 350 с.

9. Хаванова И. Цифровой рубль. Теперь и в Налоговом кодексе РФ? // ЭЖ-Бухгалтер. 2023. № 25. С. 5.

10. Ходырева Е.А. Право наследования в гражданском праве России:. М.: Статут, 2022. 386 с.

11. Яценко Т.С. Наследование цифровых прав // Наследственное право. 2019. № 2. С. 11–14.

12. Banta N.M. Inherit the cloud: the role of private contracts in distributing or deleting digital assets at death. Fordham Law Review, 2014, vol. 83, pp. 799–854.

13. Brammertz W., Mendelowitz A. I. From digital currencies to digital finance: the case for a smart financial contract standard. The Journal of Risk Finance, 2018, vol. 19, pp. 76–92.

14. Brubaker J.R., Dombrowski L.S. et al. Stewarding a legacy: responsibilities and relationships in the management of post-mortem data. In: Proceedings of the Conference on Human Factors in Computing Systems, 2014, pp. 4157–4166.

15. Conway H., Grattan S. 'The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death'. Modern studies in property law, 2017, vol. 9, pp. 99–115.

16. Cook D. M. et al. The Usability factors of lost Digital Legacy data from regulatory misconduct: older values and the issue of ownership. In: 7th International Conference on Information and Communication Technology, 2019, pp. 1–6.

17. Irani Z., Abril R. et al. The impact of legacy systems on digital transformation in European public administration: lesson learned from a multi case analysis. Government Information Quarterly, 2023, vol. 40, issue 1, pp. 1–15.

References

1. Banta N.M. (2014) Inherit the cloud: the role of private contracts in distributing or deleting digital assets at death. *Fordham Law Review*, vol. 83, pp. 799–854.

2. Brammertz W., Mendelowitz A.I. (2018) From digital currencies to digital finance: the case for a smart financial contract standard. *The Journal of Risk Finance*, vol. 19, pp. 76–92.

3. Brubaker J. R., Dombrowski L.S. et al. (2014) Stewarding a legacy: responsibilities and relationships in the management of post-mortem data. In: Proceedings of the Conference on Human Factors in Computing Systems, pp. 4157–4166.

4. Conway H., Grattan S. (2017) 'The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death'. *Modern Studies in Property Law*, no. 9, pp. 99–115.

5. Cook D. M. et al. (2019) The Usability factors of lost Digital Legacy data from regulatory misconduct: older values and the issue of ownership. In: 7th International Conference on Information and Communication Technology 2019, pp. 1–6.

6. Deryugina T.V. (2022) Digital currency and digital ruble: to the question of legal innovation. *Tcivilist*= Civilist, vol. 1, pp. 8–11 (in Russ.)

7. Efimova L.G. (2022) The legal nature of non-cash money, digital currency and digital ruble. *Tcivilist*=Civilist, no. 4, pp. 6–15 (in Russ.)

8. Filippova S.Y. (2022) Disposition of citizens in case of death. In: Physical persons as subjects of Russian civil law. Moscow: Statut, 350 p. (in Russ.)

9. Galikeeva I.G. (2016) From history of notary emergence in Russia. *Pravovoe gosudarstvo: teoriya i praktika*=Rule of Law: Theory and Practice, no. 43, pp. 61–62 (in Russ.)

10. Irani Z., Abril R. M. (2023) The impact of legacy systems on digital transformation in European public administration: lesson learned from a multi case analysis. *Government Information Quarterly*, vol. 40, issue 1, pp. 1–15.

11. Khavanova I. (2023) Digital ruble: now in the Tax Code of the Russian Federation? *Buhgalter*=Accountant, vol. 25, p. 5 (in Russ.)

12. Khodyreva E.A. (2022) Right of inheritance in the civil law of Russia. Moscow: Statut, 386 p. (in Russ.)

13. Kiselev G.V. (2021) Legal aspects of inheritance of game accounts in multiplayer online games. *Pravo i biznes*=Law and Business, no. 3, pp. 44–47 (in Russ.)

14. Lazarenkova O.G., Alekseeva E.V. (2021) Uncertainty of legal regulation and interpretation of testamentary disposition of rights to money in the bank as a manifestation of crisis phenomena in law. *Nasledstvennoe pravo*=Inheritance Law, vol. 3, pp. 31–34 (in Russ.)

15. Volos A.A. (2022) Digitalization of society and objects of hereditary succession. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 15, no. 3, pp. 51–71 (in Russ.)

16. Volos A.A., Volos E.P., Papylev D.A. (2023) Digital challenges of modern inheritance law. Moscow: Prospekt, 168 p. (in Russ.)

17. Yatsenko T.S. (2019) Inheritance of digital rights. *Nasledstvennoe pravo*= Inheritance Law, no. 2, pp. 11–14 (in Russ.)

Информация об авторе:

Ю.С. Харитонова — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

Ju.S. Kharitonova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 09.10.2023; одобрена после рецензирования 20.02.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 09.10.2023; approved after reviewing 20.02.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК 347.72; 347.736
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.96.113

Правовое положение «спящего» акционера в корпорации

Тавус Абдулкадиров

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия 125993, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9,
tavus2008@yandex.ru, https://orcid.org/0009-0001-5849-8492

Аннотация

Актуальность темы статьи обусловлена обсуждениями в течение последних 20 лет проблем правового статуса «простаивающих» акционеров, которые бездействием создают препятствия нормальной хозяйственной деятельности акционерного общества. За последние пять лет кардинально изменилась правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации по рассмотрению требований о признании акций бесхозяйными. Арбитражными судами предпринимаются попытки сформировать единообразие судебной практики по распределению бремени доказывания в корпоративных спорах, предметом которых является определение принадлежности акций отсутствующих акционеров. Исключенные акционеры в принудительном внесудебном порядке начинают добиваться искоренения спорной и неразумной практики Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, оправдывающего выбытие акционеров, не согласных или не заинтересованных в преобразовании акционерного общества в организационно-правовую форму общества с ограниченной ответственностью (ООО). Для определения обстоятельств, устанавливаемых судами по искам о признании акций бесхозяйными, а также формы защиты прав корпорации автором проведено буквальное и систематическое толкование правовых норм, а также проанализирована судебно-арбитражная практика. В последние несколько лет органами исполнительной власти и надзорными органами предпринимаются попытки по регламентации правового статуса спящего акционера. Также предпринимаются усилия в части обеспечения интересов акционерных обществ без нарушения прав акционеров, что обещает соблюдение баланса интересов сторон корпоративных правоотношений и равенства общества и его участников. В статье дан анализ терминологии «спящий акционер», «потерянный акционер», «мертвые души» и установлено юридическое значение перечисленных словосочетаний. Определены критерии признания акций бесхозяйными, которые вытекают из длительного бездействия акционера, выражающегося в неполучении дивидендов и корреспонденции на протяжении более 5 лет. Предложено разрешить выкуп спорных ценных бумаг у потерянных ак-

© Абдулкадиров Т., 2024

ционеров и путем внесения изменения в законодательство об акционерных обществах обязать корпорацию формировать фонд невыплаченных дивидендов в пользу «спящих» акционеров, определить его статус и сроки реализации возможности получения такими акционерами не выплаченных им ранее денежных средств.

Ключевые слова

акционер; корпорация; простаивающие акционеры; спящие акционеры; мертвые души; бездействие; публичное акционерное общество; хозяйственное общество.

Для цитирования: Абдулкадиров Т. Правовое положение спящего акционера в корпорации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 96–113. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.96.113

Research article

Legal Status of a Sleeping Shareholder within a Corporation

Tavus Abdulkadirov

Moscow State Law University (MGUA), 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russia,
tavus2008@yandex.ru, https:// orcid.org./ 0009-0001- 5849-8492

Abstract

The relevance of the theme is due to the annual discussions over the past 20 years of legal status of “idle” shareholders, who, by their inaction, create obstacles to the conducing business of the joint-stock company. Over the past five years, position of the Supreme Court of Russia on the consideration of claims for recognition of shares as ownerless has changed dramatically. Arbitration courts are trying to establish uniformity of judicial practice on the distribution of the burden of proof in corporate disputes, the subject of which is to determine the ownership of shares of absent shareholders. The excluded shareholders are finally beginning to seek the eradication of the controversial and unreasonable practice of the Supreme Arbitration Court, justifying the retirement of shareholders who disagree or are not interested in the transformation of a joint-stock company into an organizational and legal form of a limited liability company. For determining circumstances established by courts on claims for recognition of shares as ownerless, as well as the forms of protection of the corporation’s rights that depend on disinterested and dormant shareholders, the author conducted a literal and systematic interpretation of legal norms, as well as analyzed judicial and arbitration practice. In the last few years, executive authorities and supervisory authorities have been making attempts to regulate the legal status of a dormant shareholder. Efforts are also being made to ensure the interests of joint-stock companies without violating rights of shareholders, which ensures that the interests of the parties to corporate legal relations are balanced and that the company and its participants are equal. The terminology “sleeping shareholder”, “lost shareholder”, “dead souls” was analyzed and the legal meaning of the listed phrases was established. Criteria have been identified are the

grounds for recognizing shares ownerless, result from the long-term inactivity of the shareholder, expressed in the non-receipt of dividends and postal correspondence for more than five years. It is proposed to allow the redemption of disputed securities from lost shareholders, and, by amending the legislation on joint-stock companies, oblige the corporation to form a fund of unpaid dividends in favor of "sleeping" shareholders and determine its legal status and the timing of the possibility of receiving unpaid funds.

Keywords

shareholder; corporation; idle shareholders; sleeping shareholders; dead souls; inaction; public joint stock company; business company.

For citation: Abdulkadirov T. (2024) Legal Status of a Sleeping Shareholder within a Corporation. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 96–113 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.96.113

Введение

Действующая редакция законодательства об акционерных обществах[1] и Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)[2] не содержат положений о порядке и основаниях признания акционеров «спящими» («потерянными»). На практике публичные и непубличные акционерные общества сталкиваются с проблемами статуса простаивающих акционеров и способов преодоления препятствий для нормальной деятельности общества [Степанов Д.И., 2014: 31–55], возникающих в результате бездействия «мертвых душ», числящихся в реестре акционеров корпорации.

Внимание на пробелы в корпоративном законодательстве в 2020 году обратило Правительство России; см.: [Ершова И.В., 2023: 10–37]. Для совершенствования корпоративного управления оно предложило внести изменения в законодательство, чтобы решить проблему «потерянных акционеров»[3]. (Приблизительное количество «спящих акционеров» в стране — 6 млн. чел.)

В русле формирования предложений и комментариев на данную тему необходимо определиться с дефинициями. В отечественном законодательстве отсутствуют понятия «спящий акционер», «потерянный акционер» и «мертвые души» [Филиппова С.Ю., 2019: 43–61]. В доктри-

[1] Федеральный закон Об акционерных обществах. ФЗ № 208 26.12.1995] // СПС Консультант Плюс.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) // СПС Консультант-Плюс.

[3] Распоряжение Правительства Российской Федерации от 02.07.2020 № 1723-р) // СПС КонсультантПлюс.

не присутствует разнородная терминология и приводится несколько толкований статуса акционера с использованием слов «спящий», «потерянный» и «мертвая душа». Для понимания такого определения, как «спящий акционер», следует обратиться к работе В.В. Долинской, посвященной правовому положению миноритарных акционеров, в которой она отмечает, что «спящими акционерами» по сути являются лица, не придающие значения общим собраниям корпорации по объективным или субъективным факторам и не видящие смысла в участии в них [Долинская В.В., 2009: 82–83].

О.В. Осипенко в монографии о деятельности органов управления хозяйственных обществ раскрывает понятие «спящих акционеров» через категорию лиц, владеющих акциями. Например, в качестве «спящих акционеров» допустимо рассматривать наследников акционеров, которые, возможно, даже не знали о владении акциями умершим. Такими лицами могут выступать и часть трудового коллектива, получившая акции предприятия на безвозмездной основе, но не придающая этим акциями ценности [Осипенко О.В., 2007: 8–9]. Категория лиц, подпадающая под критерии «спящего акционера», не является исчерпывающей, и подобные примеры лишь частично раскрывают ситуации, предшествующие появлению подобных акционеров.

Вероятно, на появление в хозяйственном обществе спящего акционера влияют различные факторы, в особенности связанные с основаниями перехода прав на акции. Однако с уверенностью можно сказать, что они объединяются обстоятельством, выражающимся в отстраненности от управления делами корпорации.

Интерпретация термина «потерянные акционеры» приводит О.В. Гутников, предлагающий называть таких акционеров лицами, о контактных данных которых акционерное общество не располагает актуальной информацией, что не позволяет обеспечить их участие в деятельности высшего органа управления корпорации [Гутников О.В., 2021: 27–32]. Проблема статуса «мертвых душ» в акционерном обществе раскрывается также в работах А.А. Глушецкого, А.Е. Молоникова и И.С. Шиткиной. К категории «мертвых душ» могут быть отнесены умершие акционеры, у которых отсутствуют наследники, либо наследники отказались принимать наследство. Сюда же можно причислить физических лиц, получивших акции в ходе приватизации более 20-30 лет назад, но не тратящих сил и времени на реализацию своего права голоса на собрании акционерного общества и оставляющих без внимания право на дивиденды [Глушецкий А.А., 2017: 38–44]. «Мертвыми душами» признаются умершие либо акционеры, о которых у общества отсутствует необходимая информация, обеспечивающая реализацию таким лицом его корпора-

тивных прав. Подобное толкование очень близко к «потерянным акционерам» [Молотников А.Е., Шиткина И.С., 2015: 840–851].

На основании исследований известных российских цивилистов, допустимо полагать, что термины «спящие (простаивающие) акционеры, «потерянные» (отсутствующие) акционеры и «мертвые души» могут рассматриваться как синонимы, поскольку все указанные лица, вне зависимости от событий продолжают находиться в реестре акционеров, но не реализуют их корпоративных прав и не предпринимают действий, направленных на уведомление акционерного общества об изменении своих персональных данных.

1. Правовые позиции арбитражных судов по вопросам статуса «спящего» акционера

Первоначально избавление от простаивающих акционеров осуществлялось с помощью преобразования акционерных обществ в ООО, в результате которой неактивные и «спящие» акционеры утрачивали акции и в принудительном внесудебном порядке лишались имущества. По мнению В.А. Микрюкова, арбитражные суды и Высший Арбитражный суд Российской Федерации (далее–ВАС РФ; ВАС) необоснованно поддерживали законность принудительного лишения простаивающих акционеров их имущества в виде акций и корпоративных решений, являющихся основанием для этого [Микрюков В.А., 2015: 24–26]. Необходимо полностью согласиться с подобными выводами и рекомендовать судам пресекать использование процедуры преобразования, следствием которого является незаконное лишение гражданина его имущества, поскольку основной закон страны не допускает безосновательного лишения человека его частной собственности[4].

На момент настоящего исследования остатки порочной практики арбитражных судов и ВАС сохраняются, акционерам приходится защищать свои права и интересы в затяжных корпоративных спорах в судебном порядке. Во-первых, простаивающие и спящие акционеры обращаются с требованием о признании права на долю в уставном капитале вновь образованного общества и соразмерном уменьшении долей иных участников. Например, суд кассационной инстанции в Уральском округе[5] удовлетворил требование о признании права «утерянного» акцио-

[4] Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС КонсультантПлюс.

[5] Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 16.11.2022 N Ф09-7752/22 по делу N А76-34085/2021// СПС КонсультантПлюс.

нера на его долю, поскольку голосование против преобразования или пассивное поведение в виде уклонения от голосования не может свидетельствовать, что участник отказывается от статуса участника корпоративных отношений. Следовательно, подобная процедура не влечет утраты права участия в создаваемом обществе, а лишение права собственности без законных оснований недопустимо. Правовая позиция суда обоснована, она также направлена на защиту частной собственности и реализации гражданами различных способов защиты их прав участников корпоративных отношений.

Во-вторых, в Поволжском округе суды сформировали обзор практики[6], из которой следует, что решение общего собрания акционеров, по которому в результате преобразования «нежелательные» и «спящие акционеры» могут лишиться их прав, является незаконным и ничтожным; следовательно, такое решение не может порождать правовых последствий для акционера и ущемлять его законные права и интересы. В мотивировочной части суд кассационной инстанции указывает, что к полномочиям коллегиального органа управления корпорации не относится решение о прекращении права собственности акционера на принадлежащие ему акции общества при реорганизации последнего. Собственно, и в специальных корпоративных законах, и в положениях кодифицированного гражданского законодательства столь широкой компетенции общего собрания акционеров не обнаруживается. Соответственно, очередным способом защиты прав «утерянного» акционера является оспаривание решения собрания акционеров как принятое с нарушением компетенции этого органа.

В-третьих, «утерянные» акционеры используют и другие формы защиты собственных прав. Кроме исковых заявлений о признании за нежелательным акционером права собственности на долю и обжалования решения собрания акционеров допускается заявлять требования об обмене акции реорганизованного акционерного общества, принадлежавших акционеру, на доли уставного капитала ООО, созданного в результате реорганизации в форме преобразования, с тем же наименованием. В свою очередь, Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ; ВС) указывает, что признание акций погашенными означает принудительное лишение акционера его имущества, что противоречит ст. 35 Конституции и ст. 235 Гражданского кодекса Российской Федерации[7].

---

[6] Обзор судебной практики по делам, рассмотренным арбитражным судом Поволжского округа № 4(2021) (утв. Президиумом Арбитражного суда Поволжского округа 28.01.2022) // СПС КонсультантПлюс.

[7] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29.08.2019 № 308-ЭС19-3746 по делу № А32-28239/2017 // СПС КонсультантПлюс.

К сожалению, для нивелирования алогичных и противоречивых правовых позиций в отдельных актах арбитражных судов, а также позиций ВАС, противоречащих основам гражданского законодательства, даже Банку России пришлось занять активную позицию опубликованием информационного письма[8]. В нем Банк России подтвердил разумную и законную правовую позицию: простаивающие и утерянные акционеры имеют право на доли в уставном капитале ООО пропорционально количеству принадлежащих им акций реорганизуемого акционерного общества.

Следующей практикой выдворения «спящих» акционеров, по мнению отдельных исследователей, является принудительный выкуп ценных бумаг по требованию лица, которое приобрело более 95% акций публичного общества [Байбекова Э.Ф., 2021: 145–148]. Применение положений главы XI.1 Закона об акционерных обществах выглядит обоснованным, когда в число миноритариев [Бирюков Д.О., 2020: 8–17] входят спящие акционеры [Молотников А.Е., Шиткина И.С., 2015: 840–851]. Принудительный выкуп ценных бумаг характерен строгой регламентацией, поступательным порядком действий при оценке и выплате действительной стоимости акций миноритариев, а также законным обоснованием вытеснения акционера из публичного акционерного общества. Поэтому нельзя говорить об аналогичном нарушении прав «спящих» акционеров и принудительном лишении их имущества в смысле, в котором это предполагается при «потере» акционера в процедуре преобразования хозяйственного общества.

Перечисленные ранее способы защиты прав нежелательного акционера не могут применяться при реализации принудительного выкупа ценных бумаг по требованию мажоритарного акционера. Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ; КС)[9], гарантией соблюдения баланса интересов акционеров корпоративных правоотношений в процедуре принудительного выкупа акций и, следовательно, защиты прав миноритарных акционеров является осуществление всесторонний судебный контроль за указанной процедурой. В свою очередь, эта процедура преследует публичный интерес в развитии акционерного общества в целом [Беседин А.Н., 2014: 37–62]. Из сказанного следует, что осуществление принудительного выкупа при соблюдении императивных условий законодательства об акционерных

[8] Информационное письмо Банка России от 01.02.2019 N ИН-06-28/11 «О предоставлении долей (паев) акционерам при реорганизации акционерных обществ в форме преобразования» // СПС КонсультантПлюс.

[9] Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2007 № 681-О-П // СПС КонсультантПлюс.

обществах не влечет нарушения прав как миноритариев, так и «спящих» акционеров в публичных хозяйственных обществах.

Увы, но конструкция принудительного выкупа не может применяться к непубличным акционерным обществам, что снижает ее ценность в качестве универсального способа реализации конституционных гарантий утерянных акционеров. Наряду с этим принудительный выкуп ценных бумаг может повлечь дополнительные расходы на проведение оценки рыночной стоимости акций спящих акционеров. К расходам на оценку еще добавляются обязанности согласования документов с Банком России и значительное количество времени, необходимое для процесса принудительного выкупа ценных бумаг у миноритариев.

Как очередную практику вытеснения «спящих» акционеров надзорные органы предлагают рассматривать использование права акционеров на принудительное исключение учредителей [Лаптев В.А., 2019: 321–330], которые существенно затрудняют хозяйственную деятельность корпорации и препятствуют результативному управлению ее делами[10]. Следует сразу отметить видимые минусы указанного способа защиты прав акционеров корпорации. Прежде всего принудительное исключение акционера в судебном порядке направлено на защиту прав и интересов группы акционеров от имущественного вреда, причиняемого активными действиями в корыстных целях, а также на пресечение игнорирования учредителями их корпоративных обязанностей. Принудительное исключение акционера действительно может помочь восстановить корпоративное управление акционерного общества, но этот способ защиты права применяется в качестве исключительной меры, когда доказано, что никакой другой способ или средство урегулирования ситуации не принесли положительных результатов.

Однако помимо того, что принудительное исключение акционера применимо только к учредителям непубличных акционерных обществ, необходимо сформировать доказательную базу судебного разбирательства, которая позволит убедить суд в чрезвычайных обстоятельств, являющихся основанием прекращения правового статуса «нежелательного» акционера помимо его воли. В итоге отсутствие всеохватывающей практики применения института принудительного исключения акционера в публичных акционерных обществах и проецирование такого нетривиального способа защиты прав на разрешение вопросов со «спящими» акционерами говорит о малой полезности подобной практики.

Своеобразна и интересна практика обращения в суд с исковыми требованиями о признании бесхозяйными акций «простаивающих» и «уте-

[10] Письмо Банка России от 28.10.2014 № 33-6-14/9991 // СПС КонсультантПлюс.

рянных» акционеров. При этом рассмотрение требований о признании акций бесхозяйными требует многочисленных доказательств от акционерного общества, изъявившего намерение привести в соответствие реестр акционеров эмитента. Практика признания акций бесхозяйными грешит противоречивыми позициями судов и свидетельствует о явном отсутствии единообразия подходов судов к разрешению вопросов «утерянных» акционеров.

Например, по разъяснениям Арбитражного суда Московского округа[11], требования о признании акций бесхозяйными не могут быть выполнены пока заявитель не докажет, что акции не имеют собственника или собственник неизвестен. По сути акционерному обществу нужно сделать невозможное и доказать отрицательный факт [Иоффе О.С., 1961: 242–256], что невыполнимо и бессмысленно. Схожей логики придерживался окружной суд в Поволжье, указав, что без доказательств, направленных на выяснение правового статуса и имущественного интереса учредителей «утерянного» акционера юридического лица у суда нет оснований для признания бесхозяйными акций ликвидированного юридического лица числящимися в реестре акционеров хозяйственного общества[12].

Равным образом позиции окружных судов находили поддержку в отказных судебных актах ВС. Суд соглашался с правовой позицией нижестоящих судов, аргументировав, что в делах по спорным ценным бумагам истцу надлежит доказать, что акции были оставлены акционером с целью отказа от прав собственности и предъявить доказательства осуществления правомочий владения и пользования спорными ценными бумагами[13]. Несомненно, бремя доказывания обстоятельств отказа акционера от его ценных бумаг выступает существенным барьером на пути удовлетворения требования заявителя и сводит к минимуму положительный исход дела для истца, когда «утерянный акционер» не получает корреспонденцию и самостоятельно не обращается к эмитенту. Значительная часть судебной и арбитражной практики свидетельствует, что, пользуясь своеобразной формой защиты прав эмитента, последний оказывался в тупике и не способен был доказать отсутствие интереса «потерянного» акционера к спорным ценным бумагам.

В то же время на протяжении последних 5–6 лет практика в единичных случаях начинает идти навстречу акционерным обществам,

[11] Постановление ФАС Московского округа от 25.09.2013 по делу № А40-136014/12-159-1280 // СПС КонсультантПлюс.

[12] Постановление ФАС Поволжского округа от 03.12.2013 по делу № А57-1986/2013 // СПС КонсультантПлюс.

[13] Определение Верховного Суда РФ от 04.02.2019 № 305-ЭС18-21499 по делу № А40-3919/2018 // СПС КонсультантПлюс.

предпринимающим усилия для внесения ясности в реестр акционеров хозяйственного общества. В частности, в 2016 году Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд прислушался к аргументам и доводам апеллянта, признав акции утерянного акционера бесхозяйными, а затем передал их во владение эмитенту[14]. Отменяя отказное решение суда первой инстанции, апелляционная коллегия исходила из обратного и указала, что отсутствие активных действий учредителей ликвидированного юридического лица (являющегося акционером) в виде необращения к регистратору, эмитенту с целью установления своего правового статуса путем внесения записи в реестр акционеров свидетельствует об утрате такими лицами интереса к указанным акциям. Дополнительным аргументом суда выступал 10-летний срок, прошедший с момента ликвидации «утерянного» акционера до даты обращения эмитента в суд. Следовательно, суд апелляционной инстанции, вопреки логике суда первой инстанции, перераспределил бремя доказывания, тем самым освободив эмитента от обязанности доказывать отрицательные факты.

В другом деле судом, рассматривающим аналогичные заявленные требования, не выяснялись обстоятельства срока отсутствия активности со стороны «спящего» акционера, поскольку его учредители признали исковые требования в полном объеме. В судебном разбирательстве учредители подтвердили, что ими не разрешался вопрос распределения имущества ликвидируемого хозяйственного общества, а, следовательно, и отсутствует какой-либо имущественный интерес с их стороны[15]. Суд Нижегородской области признал акции бесхозяйными и обратил их в собственность эмитента. Конечно, содействие учредителей «утерянного» акционера является исключением из правил и редкостью, нежели частью обычной практики по подобным категориям судебных споров. При этом как в мотивировочной, так и в резолютивной части судом не были исследованы технические вопросы внесения соответствующей записи в реестр акционеров и не была указана обязанность регистратора фиксировать соответствующие изменения.

По аналогичному спору в 2019 году высказался и Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа–Югры, по оценке которого положения п. 4 ст. 62 ГК обязывают всех акционеров участвовать в принятии корпоративных решений, в противном случае нарушается процесс деятельности акционерного общества. Из логики суда следует, что

[14] Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2016 по делу № А49-2517/2016 // СПС КонсультантПлюс.

[15] Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 11.06.2019 по делу № А43-13781/2019 // СПС КонсультантПлюс.

для деятельности хозяйственного общества требуется устанавливать личность лица, реализующего свои корпоративные права и обязанности, а в случае отсутствия таких сведений акционер может быть признан «мертвой душой»[16]. Суд первой инстанции приходит к выводу, что для защиты других акционеров корпорации «брошенные» акции должны быть погашены или реализованы по аналогии со ст. 72 Закона об акционерных обществах.

Не обошел суд стороной и девятилетний срок простоя акционера, на протяжении которого последний не продемонстрировал заинтересованности к своим акциям и правам акционера, о чем указано в судебном акте по результатам рассмотрения заявления эмитента. Таким образом, суд аргументировал свое окончательное решение бездействием учредителей в процедуре ликвидации юридического лица (мертвой души) и несением бремени наступления негативных правовых и имущественных последствий в результате отсутствия их волеизъявления в отношении ликвидационной квоты.

Обобщение судебной практики по признанию акций бесхозяйными позволяет сформулировать критерии, по которым суд допускает удовлетворение заявленных требований эмитента.

1. Длительный период времени с момента исключения последнего из реестра юридических лиц и признания акционера недействующим. Например, отсутствие действий по реализации своих корпоративных прав и обязанностей на протяжении 7, 10, 15 лет.

2. Отсутствие обращений учредителей ликвидированного хозяйственного общества (акционера) к эмитенту с целью распределения имущества.

3. Неполучение акционером уведомлений о проведении собрания и его результатах, а также неполучение прибыли эмитента в виде дивидендов.

На примере исключенного юридического лица как акционера хозяйственного общества предполагается, что автономия воли [Братусь С.Н. 1947: 10–34] такого лица не ограничивается, поскольку с момента его исключения из ЕГРЮЛ оно утрачивает возможность и право на волеизъявление путем участия в принятии корпоративных решений и распределении прибыли акционерного общества. Следовательно, неразумно делать выводы о нарушении корпоративных прав отсутствующего акционера или его имущественных прав как участника хозяйственного общества. Напротив, признание акций бесхозяйными является причинно-следственной связью между его бездействием и отсутствием имущественного интереса к акциям хозяйственного общества.

[16] Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 22.07.2019 по делу № А75-11156/2019 // СПС КонсультантПлюс.

2. Практика Верховного Суда Российской Федерации по вопросам правового статуса спящего акционера

Переломным моментом в практике признания акций бесхозяйными стала правовая позиция ВС по делу ПАО «ЧИФ-Кузбасс»[17]. Суд сформировал обобщающие правовые позиции по разрешению пробелов в законодательстве и составил инструкцию для преодоления неопределенности участников корпоративных правоотношений.

Сперва выясняются обстоятельства нарушения акционером исполнения своих обязанностей. Следует оговориться, что законодательство об акционерных обществах не закрепляет перечня обязанностей акционера, лишь говорит о необходимости оплаты акций а также неразглашении коммерческой тайны. В то же время с 2014 года в результате реформы в гражданском законодательстве появились обязанности участников корпорации, к которым относятся и акционеры. Применительно к категории споров по бесхозяйным ценным бумагам наиболее важно установить обстоятельства исполнения акционером обязанности по участию в управлении корпорацией путем принятия корпоративных решения и обязанности не допускать бездействия, влекущего затруднение деятельности корпорации. Ожидается, что простаивающий характер поведения акционера будет отправной точкой для установления обстоятельств нарушения им своих обязанностей и осуществления процедуры выкупа его акций.

В последующем определено наступление аналогичных правовых последствий для акционера вследствие его исключения из ЕГРЮЛ или в результате реализации им своего права выхода путем выкупа акций в пользу самого хозяйственного общества. Конечно, сразу встает вопрос об отсутствии волеизъявления акционера на выкуп его ценных бумаг акционерным обществом. Следовательно, не совсем ясно, требуется ли дожидаться длительного срока на запросы учредителей ликвидированного акционера в отношении спорных ценных бумаг, или хозяйственное общество может в течение 1-3-х лет простоя акционера начинать процесс признания акций бесхозяйными. Вместе с тем в указанном деле ликвидация спящего акционера произошла более 15 лет назад, что говорит о предоставлении продолжительного времени учредителям ликвидированной корпорации для реализации своих прав по получению имущества последней. Предполагается, что для выкупа спорных ценных бумаг в пользу акционерного общества без волеизъявления акционера необходимо соблюдение критерия длительного бездействия последнего.

[17] Определение Верховного Суда РФ от 15.12.2022 № 304-ЭС22-10636 по делу № А27-24426/2020 // СПС КонсультантПлюс.

Одновременно суд напоминает о возмездном характере процедуры выкупа ценных бумаг у спящего акционера в пользу корпорации вне зависимости от наличия волеизъявления акционера, а также наличия либо отсутствия информации о его адресе или банковских реквизитах. При трудностях с распределением денежных средств учредителям ликвидированного акционера корпорация может воспользоваться депозитом нотариуса для исполнения обязательств по выплате денежных средств в размере рыночной стоимости акций.

Наконец, для внесения регистратором записи о списании акций со счета ликвидированного акционера нет необходимости иметь на руках вступившее в законную силу решение суда, достаточно утвержденного советом директоров отчета об итогах выкупа акций и справки от нотариуса об их оплате. Если регистратор откажется вносить запись, необходимо обратиться в суд. Выбор истцом такого способа защиты прав является законным и обоснованным, а отказ в удовлетворении требований об обязании регистратора совершить определенные действия не может быть основан на отсутствии для этого специальных юридических конструкций. Как указывает суд, у регистратора возникает обязанность по списыванию акции со счета ликвидированного акционера с последующим зачислением спорных ценных бумаг на счет эмитента. В отношении сопротивляющихся регистраторов акционерные общества вполне могут просить суд взыскивать астрент в целях стимулирования независимых реестродержателей не препятствовать очищению реестра от ликвидированных акционеров.

К ранее приведенным трем критериям из мотивировочной части судебного акта ВС по делу ПАО «ЧИФ-Кузбасс», следует добавить дополнительное обстоятельство, входящее в предмет доказывания, — нарушение акционером обязанности по участию в управлении корпорацией путем принятия корпоративных решений и обязанности не допускать бездействие влекущее затруднение деятельности корпорации.

ВС продолжает занимать обновленную правовую позицию в деле АО «Элвис-плюс»[18]. Суд подтвердил ранее занятую позицию о допустимости и законности предъявления требований к регистраторам о внесении соответствующих записей в реестр акционеров в судебном порядке. По мнению Суда, не допускается отказ в удовлетворении исковых требований с аргументацией о невозможности обращения акций в собственность эмитента как брошенной вещи без исследования оснований заявленных притязаний на спорные ценные бумаги ликвидированного акционера. В предмет доказывания не входит заведомо неисполнимая обязанность по доказыванию сведений об отсутствии факта правопреемства ликвиди-

[18] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 31.01.2023 № 305-ЭС22-13675 по делу № А40-146631/2021 // СПС КонсультантПлюс.

рованного акционера. Из этого следует, что в последующих аналогичных судебных разбирательствах доказывание отрицательного факта не будет взваливать на эмитента непосильное бремя доказывания.

3. Перспективы регулирования статуса спящего акционера в акционерном обществе

На необходимость создания самостоятельного механизма, направленного на регулирование проблем с отсутствующими акционерами, ученые обращают внимание [Гутников О.В., 2021: 27–32]. Действующие правовые средства в должной мере не позволяют корпорациям самостоятельно во внесудебном порядке решить организационные и имущественные вопросы спящих акционеров, что подтверждает суждения о необходимости дальнейшего «точечного» совершенствования институтов закона об акционерных обществах. Иначе будет создаваться ситуация, при которой проблемы корпоративного права взваливаются на органы судебной власти и увеличивают ее нагрузку. Без поддержки других органов других ветвей власти стремление к укреплению корпоративного законодательства может быть нивелировано.

Помимо органов судебной власти с простаивающими акционерами стараются справиться Банк России, Минэкономразвития, Правительство и Государственная Дума. Так, еще в 2016 году в средствах массовой информации появилась новость о предложении Банка России публично обсудить проблемы «мертвых акционеров». Центральный банк предложил использовать инструмент доверительного управления. Предлагалось передавать ценные бумаги спящих акционеров государственному фонду по защите прав вкладчиков и акционеров. В отсутствие информации и притязаний от спящих акционеров на протяжении длительного времени управляющий имел право реализовать акции в пользу третьих лиц, а при отсутствии покупателей самостоятельно реализовывать права и обязанности мертвого акционера. Но предложения Банка не нашли поддержки и развития, так и оставшись на уровне идеи.

В 2020 году в Государственную Думу внесен законопроект № 1059849-7 о внесении изменений в законодательство об акционерных обществах[19], по своему содержанию дублирующий законопроект Министерства экономического развития об изменениях в законодательстве об акционерных обществах и рынке ценных бумаг[20]. Предложенные инициативы являются почти идентичными и направлены на регулирование одинаковых корпо-

[19] Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/1059849-7 (дата обращения: 19.02.2023)

[20] Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/103501-8 (дата обращения: 19.02.2023)

ративных правоотношений. Кроме того, оба законопроекта предлагают единое регулирование правового статуса спящего акционера и порядка реализации им своих корпоративных прав. Озвученные изменения охватывают порядок направления корреспонденции и выплаты дивидендов в пользу простаивающих акционеров, а также направлены на снижение ежегодных финансовых затрат на безрезультативные организационные действия. Проекты законодательных актов устанавливают двухлетний период времени, после которого корпорация имеет право не направлять почту и не выплачивать денежные средства владельцу спорных ценных бумаг, если последний в течение указанного срока не проявляет заинтересованность к денежным средствам и не получает корреспонденцию от общества. По мнению авторов законопроектов, для принятия решения советом директоров об приостановлении выплат и направления акционеру любых уведомлений достаточно: 1) дважды не получить выплаченные дивиденды отсутствующим акционером; 2) двухлетнего игнорирования отсутствующим акционером почтовых уведомлений от корпорации.

Кроме урегулирования организационных и имущественных вопросов при проведении собраний в акционерных обществах законопроект позволит исключить негативные правовые последствия, являющиеся следствием ограничения корпоративных прав отсутствующих акционеров, а также создать правовую определенность для иных участников хозяйственного общества. Например, благодаря его принятию акционерное общество сможет обосновать ограничения волеизъявления акционера на общих собраниях и снизить риск обжалования решения собраний по причине нарушения порядка проведения и созыва общего собрания акционеров.

Предложенная инициатива хоть и не определяет всех правовых аспектов положения спящего акционера, но временно позволяет сократить издержки корпорации на организацию собрания и расходы на распределение прибыли в пользу акционеров. Во всяком случае, остается вопрос о сроке неполучения дивидендов и почты. Предполагается, что можно предложить привязать срок неполучения денежных средств в виде дивидендов к общему трехлетнему сроку исковой давности. Вместе с тем непонятно, от какой даты следует отсчитывать такой срок, и, если ее привязывать к конкретному платежу, срок исковой давности для получения денежных средств будет обновляться ежегодно. Соответственно, можно взять трехлетний период и охарактеризовать его как систематическое неполучение дивидендов в пределах срока исковой давности (без констатации факта неполучения ежегодного отдельного платежа в пользу потерянного акционера). В отношении утерянных акционеров, являющихся ликвидированными юридическими лицами, может быть предусмотрен пятилетний срок востребования учредителями имуще-

ства ликвидированной корпорации. Трудно сделать вывод, что способствовало определению двухлетнего срока неполучения дивидендов как основания для приостановления таких выплат.

В законопроекте не освещен вопрос оборота денежных средств, причитающихся «потерянным» акционерам, которые в будущем имеют право на их получение. Упоминается лишь, что такой акционер вправе обратиться с заявлением о выплате не полученных им дивидендов без описания порядка и срока их выплаты. Предполагается, что вопрос может быть разрешен путем формирования акционерным обществом отдельного фонда на трехлетний или пятилетний срок. Данное правило позволит сформировать объем денежных средств, которые могут в любой момент в течение финансового года выплачены по требованию «потерянного» акционера без непредвиденных трат и привязки к императивным правилам выплаты дивидендов. Допускается предусмотреть право акционерного общества пользоваться денежными средствами потерянных акционеров до момента их востребования. При отсутствии имущественного интереса «спящих» акционеров можно перечислить денежные средства на депозитный счет нотариуса, а в будущем обратить в доход государства. В отношении собраний акционеров за основу можно взять шестимесячный период обжалования решений собрания и также ограничиться общим трехлетним периодом неполучения акционером почтовой корреспонденции (что включает два ежегодных общих собрания акционеров).

Все же неясно, почему при внесении законопроекта из него исключили положения о праве корпорации выкупить спорные ценные бумаги «спящего» акционера, поскольку судебная практика идет по пути допустимости выкупа акций в пользу акционерного общества с последующим их распределением между учредителями или уменьшением уставного капитала акционерного общества.

Заключение

Для удовлетворения в судебном порядке требований о признании акций бесхозяйными и выкупа их в пользу корпорации, необходимо соблюдать следующие четыре критерия: длительный период времени (не менее 5 лет) с момента исключения последнего из реестра юридических лиц и признания акционера недействующим; отсутствие обращений учредителей ликвидированного хозяйственного общества (являющегося акционером) к эмитенту с целью распределения имущества; неполучение акционером уведомлений о проведении собрания и его результатах, а также неполучение прибыли эмитента в виде дивидендов; систематическое нарушение акционером корпоративных обязанностей.

На основании сформулированных критериев предлагается разрешить выкуп спорных ценных бумаг у потерянных акционеров и предусмотреть право корпорации на выкуп в законодательстве об акционерных обществах. Кроме этого, предлагается внести изменения в законопроект и обязать корпорацию формировать фонд невыплаченных дивидендов в пользу спящих акционеров и определить его правовой статус и сроки реализации возможности получения невыплаченных денежных средств.

Список источников

1. Байбекова Э. Ф. «Мертвые души» в деятельности акционерного общества: правовая сущность и юридические последствия // Правовая парадигма. 2021. № 2. С. 143–149.

2. Беседин А.Н. Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования. М.: Норма, 2014. 144 с.

3. Бирюков Д.О. До-минор: реквием для миноритариев в мажорной тональности. М.: Статут, 2020. 300 с.

4. Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве: Понятие, виды, юридические лица. М.: Юрид. изд-во, 1947. 364 с.

5. Глушецкий А.А. Открытые и закрытые корпорации: правовой и экономический аспекты. М.: Статут, 2017. 192 с.

6. Гутников О.В. Современное корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики. Монография. М.: Статут, 2021. 528 с.

7. Долинская В.В., Фалеев В.В. Миноритарные акционеры: понятие и общая характеристика положения // Цивилист. 2009. № 4. С. 77–87.

8. Ершова И.В. Актуальные проблемы предпринимательского права. М.: Проспект, 2023. 448 с.

9. Иоффе О. С. Вопросы теории права. М.: Госюриздат, 1961. 381 с.

10. Лаптев В. А. Корпоративное право: правовая организация корпоративных систем: монография. М.: Проспект, 2019. 384 с.

11. Микрюков В.А. Можно ли избавиться от «спящих» и «потерянных» акционеров с помощью процедуры преобразования? // Законодательство и экономика. 2015. № 9. С. 23–29.

12. Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний. М.: Статут, 2007. 621 с.

13. Степанов Д.И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31–55.

14. Филиппова С.Ю., Шиткина И.С. Продажа или приобретение бизнеса: правовое сопровождение сделки. М.: Статут, 2019. 191 с.

15. Шиткина И.С. Корпоративное право. М: КНОРУС, 2015. 1080 с.

References

1. Baibekova E.F. (2021) “Dead souls” in a joint stock company. *Pravovaya paragigma*=Legal Paradigm, no. 2, pp. 143–149 (in Russ.)

2. Besedin A.N. (2014) *Corporate relations: a study in theory and regulation.* Moscow: Norma, 144 p. (in Russ.)

3. Biryukov D.O. (2020) *In do-minor: requiem for minority in a major key tone.* Moscow: Statut, 300 p. (in Russ.)

4. Bratus S.N. (1947) *Legal entities in Soviet civil law.* Moscow: Jurizdat, 364 p. (in Russ.)

5. Dolinskaya V.V., Faleev V.V. (2009) Minority shareholders: concept and general characteristics of the situation. *Tcivilist*=Civilist, no. 4, pp. 77–87.

6. Ershova I.V. (2023) Issues of business law: textbook. Moscow: Prospekt, 448 p. (in Russ.)

7. Filippova S. Yu., Shitkina I.S. (2019) *Sale or acquisition of a business: legal support of a transaction.* Moscow: Statut, 191 p. (in Russ.)

8. Glushetsky A.A. (2017) *Open and closed corporations: legal and economic aspects.* Moscow: Statut, 192 p.

9. Gutnikov O.V. (2021) *Modern corporate law: issues of theory and practice.* Moscow: Statut, 528 p. (in Russ.)

10. Ioffe O.S. (1961) Issues of legal theory. Moscow: Jurizdat, 381 p. (in Russ.)

11. Laptev V.A. (2019) Corporate law: legal organization of corporate systems. Moscow: Prospekt, 384 p. (in Russ.)

12. Mikryukov V.A. (2015) Is it possible to get rid of “sleeping” and “lost” shareholders using transformation procedure? *Zakonodatelstvo i ekonomika*=Legislation and Economics, no. 9, pp. 23–29 (in Russ.)

13. Osipenko O.V. (2007) Conflicts within bodies of joint stock companies. Moscow: Statut, 621 p. (in Russ.)

14. Shitkina I.S. (2015) Corporate law: textbook. Moscow: Knorus, 1080 p. (in Russ.)

15. Stepanov D.I. (2014) New provisions of the Civil Code on legal entities. *Zakon*=Law, no. 7, pp. 31–55 (in Russ.)

Информация об авторе:

Т. Абдулкадиров — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

T. Abdulkadirov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 12.07.2023; одобрена после рецензирования 03.10.2023; принята к публикации 15.01.2024.

The article was submitted to editorial office 12.07.2023; approved after reviewing 03.10.2023; accepted for publication 15.01.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol.17, no 2.

Научная статья
УДК: 347.78
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.114.142

Концептуализация содержания исключительного авторского права

Дмитрий Александрович Братусь

Уральский государственный юридический университет имени В.Ф. Яковлева, Россия 620066, Екатеринбург, Комсомольская ул., 21,
da_bratus@mail.ru, https://orcid.org/0009-0003-1178-3565

Аннотация

Исследуются исторические, философские, социальные и юридические основания исключительного авторского права в аспекте его содержания. Обозначены предпосылки формирования этого института. Авторское право на Руси начиналось с государственных книгопечатен, создававшихся Иваном IV для контроля за безупречностью библейских текстов и противодействия их искажению сторонниками униатства, провоцировавшими таким образом народные волнения. Ту же политику проводил и Петр I. Отсюда — цензура и цензурный устав и широко известная теория нормативной предыстории авторского права. В Западной Европе авторское право на этапе его оформления обслуживало интересы капитала, а система правил, составших прообраз российского авторского права, традиционно охраняла духовность и державные устои. Критически анализируется общепринятая история «копирайта». Версии происхождения данного (молодого, как принято считать) института варьируются в пределах нескольких столетий. Это расхождение свидетельствует об отсутствии объективного исторического подхода и препятствует всесторонней квалификации содержания исключительного авторского права. Борьба за принадлежность результатов творчества, с одной стороны, и против монополии правообладателя с другой, квалифицируется в исследовании как главный источник развития содержания исключительного авторского права. С точки зрения функционального анализа перспективным является уточнение характеристики содержания исключительного авторского права, его сопоставление с такими родственными категориями, как понятие, структура, система исключительного авторского права. Различия между отмеченными охранительными корелятами порой игнорируются в современной доктрине интеллектуальных прав. Подчеркивается небезупречная смена акцентов: содержание в новейших исследованиях интерпретируется в значении структуры исключительных прав. Сделан вывод о необходимости выработки комплексного понятия содержания исключительного авторского права и намечены подходы к его определению. Смысловое

© Братусь Д.А., 2024

значение содержания исключительного авторского права выражается в легально закрепленном списке абсолютных имущественных прав на произведение (объем субъективного права) и в коррелирующей с этим списком системе способов экономической эксплуатации данного интеллектуального продукта.

Ключевые слова

интеллектуальные права; исключительное авторское право; личные неимущественные права; субстантивные авторские права; автор; творчество; содержание.

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

Для цитирования: Братусь Д.А. Концептуализация содержания исключительного авторского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 114–142. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.114.142

Research article

Conceptualization of Exclusive Copyright Content

Dmitriy A. Bratus'

Ural State Law University, 21 Komsomolskaya Street, Ekaterinburg 620066, Russia, da_bratus@mail.ru

Abstract

The historical, philosophical, social foundations of exclusive copyright in terms of its content are explored. The prerequisites for the formation of this institute are outlined. Copyright in Rus' began with state printing houses created by Ivan IV to control the impeccability of biblical texts and counteract their malicious distortion by supporters of Uniatism, thus provoking popular unrest. Peter I Great pursued the same policy. Hence the censorship and censorship regulations and the well-known theory of the normative prehistory of the institution. Western European copyright law, at the stage of its formalization, served the interests of capital, and the system of rules representing the prototype of Russian copyright law, protected spirituality and statehood. The generally accepted history of copyright is critically analyzed. Versions of the origin of this (young, as is commonly believed) institution vary over several centuries. This discrepancy indicates a lack of an objective historical approach and prevents a comprehensive qualification. The struggle for ownership of the results of creativity, on the one hand, and against the monopoly of the copyright holder (state of appropriation), on the other, is qualified in the study as the main source of development of the content of exclusive copyright. From the point of functional analysis it seems promising to clarify the characteristics of the content of exclusive copyright and compare it with such related categories as the concept, structure, and system of exclusive copyright. Differences between the noted protective correlates are sometimes ignored in the modern doctrine of intellectual rights. An imperfect change of emphasis is emphasized: the category of content in the latest

research is replaced by the category of the structure of exclusive rights. A conclusion is made about the need to develop a comprehensive concept of the content of exclusive copyright and approaches to its definition are outlined. The semantic meaning of the content of exclusive copyright is expressed in a legally established list of absolute property rights (the scope of subjective rights) to a work and in a system of methods for the economic exploitation of a given intellectual product that correlates with that list.

Keywords

intellectual rights; exclusive copyright; moral rights; substantive copyright; author; creativity; content.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting publications of authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Bratus' D.A. (2024) The Conceptualization of Exclusive Copyright Content. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 114–142 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.114.142

Введение

Фундаментальное обоснование материи исключительных прав, предложенное классиками дореволюционного периода и развитое советскими цивилистами, получило в наши дни широкую и заслуженную поддержку. Оно совершенствуется в авторитетных работах по гражданскому праву и интеллектуальным правам, в частности, отражено в совокупности цивилистических норм, в которых исключительное право закреплено как «наиболее важная категория — правовое понятие и юридическая конструкция» [Маковский А.Л., 2008: 281–282].

Накопление и обобщение юридических знаний — процесс, обусловленный течением общественной жизни и развитием государства. Современное восприятие анализируемого феномена в значении метафизической и цивилизационной (социальной, культурной, экономической, политической) ценности — справедливая и закономерная реакция. Исследование анатомии исключительного авторского права с позиций философии:

позволяет раскрыть святоотеческое значение его духовных основ[1], напомнить о самобытных социально-культурных ценностях в сфере на-

[1] Святоотеческий (книжн.) — изложенный святыми отцами церкви. «Маркерами» самобытного отечественного пути развития в творческой подотрасли являются, например, часть четвертая ГК РФ (лучший из кодифицированных актов при сравнении с широко известными), Суд по интеллектуальным правам (выдающееся в мировом масштабе правоохранительное учреждение), уникальная система субъективных интеллектуальных прав, предусмотренная российским гражданским законом, и т.д. Сохранение традиционализма, всестороннее укрепление отмеченных «центров силы» должно стать приоритетным направлением законодателя, правоприменителя и цивилистической доктрины.

уки, литературы и искусства, организовать адекватное противодействие «правовому колониализму» правообладателей извне;

обеспечивает возможность погружения в природу тайны и свободы творчества, предрешающей все интеллектуально-правовые явления;

допускает переосмысление пресловутого[2] экономического базиса в ракурсе базового (конститутивного) значения личных неимущественных категорий, а не в угоду «необходимостям» («пользам»), которые постоянно конфликтуют, исключают одна другую и, как следствие, агонизируют;

приводит к выводу о соотношении духовности и оборота как высшей и низшей сфер бытия.

Обозримые перспективы интеллектуальных прав — нейротехнологии и искусственный интеллект, тотальная роботизация и цифровизация, виртуальная реальность (метавселенные) и т.д. — в своей основе представляют предмет философского осмысления. Значительный объем знаний о природе и характеристике интеллектуальных прав накоплен именно в ходе философских исследований (Г.В.Ф. Гегель, И. Кант, Н.А. Бердяев и др.). С.С. Алексеев подтверждает трансцендентный уровень решения проблем теории интеллектуальных прав и правоприменительной практики [Алексеев С.С., 2006: 4]. Авторское право в целом предстает явлением, взращенным на питательной почве философии.

Вряд ли продуктивна и по существу сомнительна попытка атрибуции догмата на основе накопленного материала. Любая «непреложность» в праве так называемой интеллектуальной собственности, превращение системообразующих понятий в аксиомы порождает барьеры, провоцирует риск застоя, отставания в развитии подотрасли.

Содержание исключительного авторского права — во многом кажущаяся данность. Аксиоматичность корректируется стремительным прогрессом технологий, бурным ростом деловой активности, геополитическими парадигмами, поощряющими сильных на захват («резервирование») новых рынков, подчинение сторонних юрисдикций, навязывание информационного влияния и искажение разнообразных культурных традиций — порой наперекор общечеловеческим стандартам морали и нравственности. Интеллектуально-правовое давление на страны с переходными экономиками и «правовой колониализм» в этой сфере широко известны [Липцик Д., 2002: 175].

---

[2] Здесь — отрицательная коннотация. В авторских отношениях превалирует духовный, а не экономический аспект. Можно организовать творческий процесс, но невозможно понуждение к написанию «гениального» сочинения или «несравненной» картины, к «образцовому» исполнению роли и т.п. Такое понуждение противоречит природе творчества.

По мере бесконечного увеличения объема, интенсивности и специфики информационных потоков, улучшения традиционных конструкций усложняются нюансы извлечения выгоды и формы оборота исключительных прав, встают все новые вопросы о вариантах их использования.

Идея интеллектуальной монополии в результате углубления и закрепления знаний о ее содержании проявляет себя в двух ипостасях — как продукт и как инструмент цивилизационного прогресса. Сохраняется высокая значимость теоретической и прикладной разработки авторских прав.

1. Социально-историческая каузальность содержания исключительного авторского права

1.1. Метафизика содержания исключительного авторского права

Казуистические сюжеты, подчеркивающие различные аспекты природы исключительного авторского права и «тяготеющих» [Мурзин Д.В., 2023: 504] к нему авторских прав на вознаграждение, побуждают задуматься об имманентных характеристиках исключительного права [Маковский А.Л., 2008: 294], обширном потенциале его содержания и всеохватывающей энергетике компонентов. Новые смыслы открываются по мере развития общественных отношений.

Часто диаметральное толкование обусловлено расширением коммерциализации авторских отношений. В наше время эта тенденция особенно заметна [Кашанин А.В., 2010: 88–99]; [Михеева Л.Ю., 2019: 185–197]. Человек «делает все предметом своей активности» [Бердяев Н.А., 2018: 75]. Серьезно усложняется гражданский оборот, формируется уникальная информационно-технологическая среда. Поэтому вопрос о неисчерпаемости содержания исключительного авторского права, его амбивалентности в разной социально-экономической обстановке или, пользуясь математическим языком, о перспективах «сравнения по модулю» остается открытым.

Попытка сублимировать квинтэссенцию на основе классического понятия юридической природы [Красавчиков О.А., 2017: 239] в авторском праве не приводит к однозначному решению. Во-первых, в творческой деятельности любые принципы относительны. Эта относительность так или иначе предрешает специфику правового регулирования авторских отношений и позиции судебной практики.

Во-вторых, трудность определения юридической природы исключительного авторского права через правообразующую связь факта с нормой заключается в том, что события духовной жизни возникают в

области, которая в основном находится за пределами действия общеобязательных правил. Создание шедевра протекает не по правилам, а по наитию, часто против правил, например, с отступлениями от авторского договора заказа. «Трагизм всякого творчества — несоответствие между заданием и осуществлением» [Бердяев Н.А., 2018: 278]. Например, «Леонардо многое начинал, но *ничего никогда не заканчивал* (курсив мой. — Д.Б.), так как ему казалось, что в тех вещах, которые были им задуманы, рука не способна достичь художественного совершенства…» [Вазари Дж., 2020: 306]. Современный историк искусства О. Воскобойников подтверждает: «Ненадежность признанного гения… была известна всем с 1480-х годов»… «незавершенность стала не просто фактом, который можно констатировать в конкретном случае, но художественным приемом, называемым по сей день итальянским словом «нон-финито», или «открытой манерой» (англ. open manner)» [Воскобойников О., 2023: 89, 86–87]. При всех подобных противоречиях достижение считается свершившимся юридическим фактом (см. пп. 5 абз. 2 п. 1 ст. 8 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ; ГК), оно не признается «недействительным» или, например, не возникшим.

В-третьих, произведение всегда «свое». Не зря создание шедевра в творческой практике массово ассоциируется с рождением ребенка. Оно остается таковым как после продажи оригинала, так и после отчуждения (предоставления) исключительного права. Эмоциональное отношение автора к «своему» выходит за рамки юридической регламентации и рационального понимания вообще. Наиболее эксцентричными формами такой эмоциональности являются встречающиеся в практике по авторским делам всегда ничтожные попытки «отказа» от авторства за плату, сомнительный запрет использования произведения, адресованный конкретному пользователю (потребителю) или (социальной, геополитической) группе пользователей, вряд ли допустимый с точки зрения законности и справедливости всеобщий запрет, равно как уничтожение творения[3] или возложение такой обязанности на других лиц (наследника, душеприказчика и т.д.).

Самые основные, утилитарные свойства безусловной связи с произведением выражаются в личных неимущественных правах автора. Попытки обнаружить в содержании последних «распорядительные элементы» [Щербак Н.В., 2022: 20, 21, 166] неубедительны и, вероятно, малопродуктивны. Внеэкономическое содержание организационных и личных неимущественных элементов авторского права, как бы ни эво-

[3] См.: Художник Дэмиен Херст сожжет тысячи своих работ. Available at: URL: https://ria.ru/20221012/hirst-1823365997.html (дата обращения: 28.04.2024)

люционировал общественный уклад, как бы ни развивались высокие технологии, как бы ни приноравливался конъюнктурный интерес, всегда будет чуждым обороту, вырванным из него.

Борьба за состояние присвоенности и против него — основной источник развития содержания исключительного авторского права.

Н.А. Бердяев в 1916 г. пророчески сокрушался: «Почти стыдно уже ссылаться на авторитет Евангелия в оправдание ценностей жизни» [Бердяев Н.А., 2018: 117]. Пусть священность таких ценностей не будет поколеблена в условиях массового внедрения наукоемких результатов. Но из профессионального лексикона они могут исчезнуть, рискуют быть вытесненными иными терминами и понятиями с однокоренными словами. Например, «жизнь технологии» (в том числе как один из признаков ее актуальности), «творчество экосистемы», «произведение нейросети», «исключительное право искусственного интеллекта» и т.д. Вместе с тем прогнозируема угроза всему, что является критериями, характеризующими не физическое, а социальное качество жизни — социум, культурное пространство, личная свобода и тайна, частная жизнь и т.д. По апокалиптическому сценарию содержание исключительного авторского права не только претерпит изменения, а будет серьезно нивелировано. Не исключено, что угроза доминирования искусственного интеллекта и риск утраты человеком профпригодности в конкуренции с технологией преувеличиваются. Так в преддверии второго тысячелетия аргументированно и методично нагнеталась проблема «миллениума».

Не пресловутое угодничество перед вездесущим коммерческим интересом и, конечно, не борьба с цивилизационным прогрессом в принципе, а постоянная «вспамять» о феномене исключительных прав, их истории, сфере смысла и существа — вот метод успешной синхронизации извечных ценностей, определяющих долгосрочные перспективы исключительного авторского права в условиях социального государства. Искусственная атрибуция неотъемлемых прав автора в самобытных юридических конструкциях творческой подотрасли контрпродуктивна и даже вредна. Однако взаимовлияние категорий (все сущее взаимосвязано) там, где оно имеет юридическое значение или является предваряющим фактом, должно объективно учитываться.

Важна ясная линия разграничения между исключительным и прочими субъективными авторскими правами (организационными, личными неимущественными, правами на вознаграждение). Она отчетливо проявляется через призму содержания.

В.А. Дозорцев оригинально находил производность личных неимущественных прав автора от исключительного права [Дозорцев В.А., 2003: 15, 47, 137–138]. И.Я. Хейфец, ссылаясь на разных исследователей, в кон-

тексте социально-экономического значения уравнивал авторское право с правом промышленной собственности [Хейфец И.Я., 1931: 5–6]. Идея о приоритете имущественного начала, конечно, спорна (автор первичен, оборот вторичен; авторы древности отстаивали свое авторство, не задумываясь о выгодах; иск о покушении на чужую славу [4] не предполагал применения имущественных санкций к ответчику и т.д.), но позволяет акцентировать внимание на актуальности содержания с исторической точки зрения, отмечать пройденный путь и намечать перспективу.

Нынешний взгляд на самые разнообразные аспекты правового бытия творческой личности, корреляция последних с содержанием исключительного авторского права (в том числе через призму коммерциализации) являются символичными и закономерными. В глобальном аспекте ситуация побуждает задуматься о развитии истории на очередном витке спирали: на этапе расцвета «копирайта» «слово “польза” перестало обозначать “польза для души”… а приобрело значение “материальной денежной выгоды”» [Фромм Э., 2014: 13].

Первые печатные шедевры Иоганна Гутенберга (не подготовительные работы — календари, индульгенции, латинская грамматика, а полноценная инкунабула) — это издания Библии. Святыня обрела меновую стоимость и стала продуктом. Таков идеологический и деловой базис типографского дела, получившего активное развитие у «печатника Европы» — в Амстердаме на рубеже XVI–XVII вв.

Если в Западной Европе книгопечатание послужило стимулом к развитию экономики, то на Руси рукописное воспроизведение продолжало культивироваться и при появлении массового интереса к чтению духовной литературы вкупе с новыми техническими возможностями: «Занимаясь этим делом [переписыванием книг. — Д.Б.]… человек достигал трех целей сразу: питался от своих трудов, праздного беса изгонял и с Богом беседовал» [Бахтиаров А., 1895: 6]. «Потребности в чтении светской литературы в русском обществе [периода зарождения книгоиздательства. — Д.Б.] не было» [Алферов А.Л., 2001: 122]. Привилегии[5] были единичны. Первая в России частная типография была создана в 1771 г. Типографский станок изначально применялся для типизации работы, предупреждения невольных погрешностей и злонамеренных ошибок в священных текстах (Максим Грек именовал такие неточности «растлением» книг), в том числе провоцируемых сторонниками униатства

[4] Дигесты Юстиниана. Т. VII. Полутом 1. М., 2005. С. 505.

[5] Привилегия — особая милость монарха автору, издателю или, например, учебному заведению на исключительное право печати и продажи книг, запрещающая под угрозой наказания эти действия другим лицам

и прочими недоброжелателями Руси; все это приводило к социальным волнениям: «от слов происходили ереси, распри и разногласия» [Бахтиаров А., 1895: 14]. (Здесь снова угадывается взгляд будущего из прошлого. Ничто не ново под луной.)

В 1551 г. Иван IV Грозный начал борьбу за чистоту содержания христианских книг и с этой целью распорядился создать государственную книгопечатню, пригласив датского типографа Ганса Миссингейма. Однако популярностью печатные книги не пользовались, в том числе в силу отмеченных выше предубеждений и провокаций. Иван Федоров (ученик Миссингейма), несмотря на покровительство царя, вынужден был бежать за границу от преследователей, упрекавших его в колдовстве и ереси [Канторович Я.А., 1916: 53].

Известно, что комплексные меры против появления в книгах разного рода искажений принимал и Петр I. Контроль цензоров постепенно превратился в довлеющую реакцию. «Государству до всего есть дело», и оно далеко не всегда «удерживается от соблазна “власть употребить”» [Гонгало Б.М., 2021: 21, 27].

Однако (парадокс!) Устав о цензуре[6] — акт, по букве и духу нацеленный на выхолащивание творческой мысли вплоть до физического уничтожения не только объективированного результата, но и самого́ автора, — стал восприниматься в качестве нормативного источника творческой подотрасли. Положение о вознаграждении сочинителям и переводчикам[7] утверждено за несколько месяцев до упомянутого Устава, а Положение о правах сочинителей[8] — в один день с ним. Все же последний считался источником первородного российского авторского права. «Многолетняя, с 1828 по 1887 гг., связь законов об авторском праве с Цензурным уставом (они то включались в его корпус, то служили приложением к нему) объясняется особым идеологическим значением, которое власти придавали произведениям литературы» [Бакунцев А.В., 2006: 5]. В тени оказались естественно-правовые основания (понятие естествен-

[6] Устав о цензуре 1828 г. (§ 135 –139) (с прилож. Штатов и Положения о правах сочинителей). СПб. 1829. 101 с. Available at: URL: https://www.prlib.ru/item/459989 (дата обращения: 28.04.2024). Первый российский Устав о цензуре от 9.07.1804 (Сборник постановлений и распоряжений по цензуре с 1720 по 1862 г. СПб., 1862) авторских прав не затрагивал.

[7] Положение о вознаграждении сочинителям и переводчикам драматических пьес и опер, когда они будут приняты для представления на императорских театрах 1827 г. / Полное собрание законов Российской Империи. Царствование Государя Императора Николая Перваго. Т. II. 1827. № 1533. С. 980–982. Available at: URL: https://nlr.ru/e-res/law_r/search.php (дата обращения: 28.04.2024)

[8] Положение о правах сочинителей 1828 г. / Устав о цензуре. Available at: URL: https://www.prlib.ru/item/459989 (дата обращения: 28.04.2024)

ного права в тот период было хорошо известно [Гегель Г.В.Ф., 2007: 29) и успешный (правда, более поздний — со второй половины XIX в., если ориентироваться на датировку исходных конвенций и игнорировать всегда трудную подготовительную работу) международный опыт регулирования отношений по созданию и использованию шедевров.

М.В. Гордон верно утверждал: в буржуазно-капиталистических условиях «авторское право, несомненно, появилось прежде всего как право, которое должно защищать интересы материального порядка, в первую очередь, имущественные интересы владельцев предприятий, использующих произведения интеллектуального творчества» [Гордон М.В., 1955: 77]. В этом суждении констатируется исторический факт, политические реверансы и идеологические штампы отсутствуют. Учитывая отмеченные выше характерные эпизоды социально-политической хроники государства Российского, важна существенная деталь. Западноевропейское авторское право на этапе своего оформления обслуживает интересы капитала, а русское (российское) — охраняет духовность и державные устои.

Об отмеченной особенности современная цивилистическая доктрина в изложении истории института несправедливо — «а может быть, ненароком» [Гонгало Б.М., 2021: 23] умалчивает [Сергеев А.П., 1996: 36–39]; [Гаврилов Э.П., 2016: 10–23]; [Васильев А.С., 2017: 1271]; [Мурзин Д.В., 2017: 34–35]; [Щербак Н.В., 2022: 31–36]. Не прослеживается эта идея и в работах предшествующих периодов. Риторический вопрос: почему? Во-первых, повсеместно абсолютизируется традиционная теория происхождения авторского права [Хейфец И.Я., 1931: 11–15]. Во-вторых, всеобщим является невнимание к его предыстории.

Накопившийся в доктрине негатив не настраивает на адекватное восприятие самобытной картины происхождения собственно российского авторского права. Поэтому уместно и продуктивно сказать несколько слов об истоках (и источниках) вообще и критически, но очень кратко проанализировать позиции классической доктрины. В вопросе об историчности усматривается первопричина всех теоретических нестыковок и, как следствие, практических недоразумений, относящихся к анализируемому предмету.

1.2. Авторское право и Древний Рим

Истоки нормативных коллизий, судебных ошибок, не всегда конструктивного множества научных подходов вытекают из совокупности фронтальных обстоятельств. Знаковое среди них — так называемая новизна проблематики. Продолжительность истории авторского права, как отмечалось выше, в доктрине однозначно не фиксируется. Отсчет

начала развития — не столько спорный, сколько произвольный пункт, что вряд ли допустимо с научной точки зрения. Одни исследователи рассчитывают происхождение авторского права с изобретения И. Гуттенберга, другие — с даты первой (установленной на сегодняшний день) привилегии на издание книги, третьи — с фазы общего подъема издательского дела в Европе, четвертые — со статута королевы Анны, пятые — опираются на первые международные (двусторонние или глобальные) конвенции, шестые — на датировку установлений о цензуре и т.д. Для столь «юного» института вариация подходов и разница происхождения в несколько столетий крайне критичны. Вопрос об истории авторского права остается открытым.

От двух («признаются… правом чуть более 200 лет» [Васильев А.С., 2017: 1271]) до нескольких веков развития института исключительных прав при абсолютном отрицании его древних и средневековых истоков (методология такого отрицания, как это мотивируется далее, не является очевидной) — очень краткий период в сравнении, например, с историей классических институтов вещного и обязательственного права, эволюционирующих не одно тысячелетие. Констатация «молодости» исключительных прав не позволяет, однако, настаивать на недостаточной изученности их содержания в современных правовых системах. Масса накопленного материала порождает извечную дискурсивность мнений по одним и тем же вопросам. Аксиоматический отказ от обращения к предыстории прослеживается во множестве доктринальных источников.

Древность, например, предлагает специальную терминологию (actor, auctor, cena, demonstratio, pictura, plagiator, plagium, privilegium, etc.) и дает ее объяснение с позиции авторских прав, изобилует примерами борьбы за авторство, называет распространенные способы его фиксации, сообщает о порицании и наказании «похитителей чужой славы» (Дигесты Юстиниана). Весь этот уникальный информационный массив совершенно заслоняется суждениями о молодости явления.

Известен скептицизм классиков (цивилистов, романистов, антиковедов) насчет авторских прав у древних.

Правоведы предпочитают игнорировать историю проблематики, а историкам она не интересна. М.Е. Сергеенко в примечаниях к трудам Плиния Младшего пишет: «Книгопродавец, покупая книгу, не приобретал исключительного права на ее издание: авторского права Рим не знал…» [Сергеенко М.Е., 1983: 286]. При том, что М.Е. Сергеенко свободно владеет юридическим инструментарием, суть вдохновенного восклицания Плиния по поводу отождествления его творений с творениями Тацита и отмеченная античным автором неразрывная связь личности творца с шедевром («...наши имена связывают с литературой, как *соб-*

ственность не нашу, людскую, а литературную»[9] (курсив мой. — Д.Б.) не раскрывается, т.е. «авторского права Рим не знал».

Г.Ф. Шершеневич настаивал: «Авторское право, в смысле исключительного права распространения своего сочинения... было чуждо древнему миру» [Шершеневич Г.Ф., 1891: 75]. Концентрация исследовательского интереса ученого на определенном предмете («авторское право на литературные произведения») тоже показательна. Стоит заметить, литература — лишь фрагмент авторского права. Фрагмент яркий, изумительный по своей универсальности, многовекторности, влиянию на социум и прочим уникальным характеристикам, но не исходный и, к счастью, не завершающий, о чем убедительно свидетельствуют нынешние цивилизационные достижения. «Прекрасная культура прежде всего создает великую архитектуру» [Бердяев Н.А., 2018: 310]. «Все старые поэты… брали за образец скульптуру…» [Бульвер-Литтон Э., 1988: 26] и т.д.

Насчет попытки одного из исследователей заглянуть в глубину веков А.А. Пиленко иронически подметил: «В библиотеке парижской Ecole de droit я видел диссертацию, озаглавленную: “Propriété littéraie chez les Grecs et les Romains”. К сожалению, за недостатком времени, я не успел ознакомиться с этим курьезным сочинением» [Пиленко А.А., 1894: 13]. Лаконичность пассажа объяснима — сработал защитный барьер: доказывание очевидного (это слово здесь можно взять в кавычки) побуждает сомневаться в очевидности доказываемого (античная процессуальная максима).

Позиция К. Маркса и Ф. Энгельса, искренне восторгавшихся изобретением И. Гуттенберга и считавших книгопечатание «блестящим открытием» и общей предпосылкой буржуазного развития (К. Маркс — в «Капитале», Ф. Энгельс — в «Крестьянской войне в Германии»), укрепляла взгляды советских ученых [Гордон М.В., 1955: 77]; [Сергеенко М.Е., 1983: 286] и предупреждала интонации последующих исследований. Идеологической основой отрицания древней истории (предыстории) авторского права может считаться следующая позиция: «Чем дальше удаляется от экономической та область, которую мы исследуем… тем больше будем мы находить в её развитии случайностей…» [Энгельс Ф., 1966: 176]. Иррациональность духовных порывов, творческих находок, стремления к совершенству, самоотречения и самопожертвования автора в достижении идеала[10], упорная борьба

[9] Письма Плиния Младшего. Кн. I–X. М., 1983. С. 129, 168.

[10] Шокируют трагизмом сюжеты из жизни отдельных авторов. Так, «жизнь Л. Блуа прошла в потрясающей бедности. Иногда в праздник ему не на что было зажечь свечку. Его дети умерли от голода, и не на что было хоронить их. Но Л. Блуа не шел ни на какие компромиссы с буржуазным атеистическим миром, не приспособлялся к газетам и журналам, к направлениям, имевшим успех. Так же ужасна была жизнь Вилье Де Лиль-Адана, потомка одной из самых аристократических фамилий Франции» [Бердяев Н.А., 2018: 298].

за признание авторства[11], действительно, не укладываются ни в какие стереотипы, включая политэкономические. Констатация непостижимого из уст материалиста, по сути, означает коренное противоречие. Случайность не вписывается в диалектику познаваемого мира. Отказ от объяснения ненаучен, более того, глубоко порочен для материалиста. Вера в провидение, в высший смысл отличает религиозного человека.

Комплексный, следующий лучшим цивилистическим традициям анализ марксистской доктрины, относящейся к интеллектуальным правам, был выполнен В.Я. Ионасом [Ионас В.Я., 1963: 14–19]. Он, однако, не склоняет к отказу от убеждения о приоритете духовного начала над имущественным, историчности личной связи автора с шедевром, импульсных отражениях этих фактов в правовой материи.

Не всякий анализ вписывается в логику современной реальности. Нынешние авторские отношения заражены практицизмом. Олжас Сулейменов сетует: «Рынок видит только материальную ценность в наших произведениях. Понятие духовной ценности испарилось» [цит. по: Табаева З., 2014: 11]. Доминирующие деловые понятия об интеллектуальных правах не всегда соотносятся с опытом теории.

Известны авторитетные, связанные с жизнью взгляды, согласующиеся с исторической хроникой исключительного авторского права: «Право авторов существовало всегда, но с самого начала не было с абсолютной ясностью законодательно оформлено» (Эжен Пуйе) [Липцик Д., 2002: 27]. В.Ф. Яковлев мудро констатировал: «Если были авторы, значит, было право»[12]. «Более того, при широком взгляде на явления окружающей нас действительности вполне допустимо с научной и практической сторон отнести объекты интеллектуальной собственности… к специфической разновидности “вещей”, что и делали искушенные правоведы Древнего Рима, выработав с этой целью понятие “бестелесной вещи”» [Алексеев С.С., 2006: 7]. М.Т. Цицерон обращал внимание на извечный закон, действующий в любом социуме и не зависящий от экономических и социально-политических реалий: «Если в царствование Луция Тарквиния в Риме не было записано закона об оскорблении чести, то это вовсе не значит, что Секст Тарквиний не преступил извечного закона, учинив насилие над Лукрецией...» [Цицерон М.Т., 2016: 164].

Спор между процитированными мыслителями на деле нет: каждый — о своем методе, и все — об одном и том же предмете.

---

[11] Демосфен то ли восемь, то ли десять лет добивался золотого венка за речь о павших в битве при Херонее и получил искомые почести. См.: Письма Плиния Младшего. С. 342; Плутарх. Избр. жизнеописания. Т. 2. М., 1987. С. 514.

[12] Эту реплику, отвечая на вопрос о перспективах «античной истории» авторского права, правовед произнес в кулуарах Европейско-Азиатского правового конгресса (IX сессия, Екатеринбург, 18–19.06. 2015).

Воистину, если, сообразуясь с традиционной концепцией, чуть перефразировать смелое утверждение Э. Пуйе, идея авторства «существовала всегда». На ее основе возникла и развивалась конструкция исключительного права — от примитивных форм к современным. Чем ближе сюжеты хроники к нашему времени, тем отчетливее они заявляют о системообразующем значении нравственной составляющей в авторских отношениях. (Выхолащивание этой доминанты при развитии содержания исключительного авторского права создает риск деградации всей системы.)

В 1860 г. знаменитое «Происхождение видов» Чарльза Дарвина не увидело свет в Бостоне только потому, что «два нью-йоркских издателя уже выпустили книгу пиратским способом». Американский ботаник А. Грей «выбил из них пять процентов автору» [Чертанов М., 2013: 192]. Парадокс заключается в том, что компенсация (5%) была оплачена в стране, в которой произведения английских авторов не защищались копирайтом. Обратный сюжет (к вопросу о преломлении в социальном сознании одних и тех же системообразующих величин): русский палеонтолог-эволюционист В.О. Ковалевский, состоявший с Ч. Дарвином в переписке, «получил разрешение на перевод» книги «Изменения домашних животных и растений». «Всю весну корректуры «Изменений» путешествовали из Англии в Россию и обратно, половина терялась, и было много неразберихи» [Чертанов М., 2013: 256, 261].

Описывая традиции публичного чтения, отвлекавшего от монотонного труда кубинских беженцев, работавших на американских сигарных фабриках, Альберто Мангель сообщает примечательный эпизод: «“Граф Монте-Кристо” Александра Дюма был *так популярен, что группа рабочих даже написала автору незадолго до его смерти в 1870 году, прося разрешение дать имя его героя одному из сортов сигар. Дюма согласился*» [Мангель А., 2020: 161] (курсив мой. — Д.Б.). Можно ли рассуждать о распространении действия исключительного авторского права на персонажа в отношениях между американскими (кубинскими) рабочими и Александром Дюма в 1870 г.? Естественное положение дел и общее понимание этики направляли участников сюжета, подсказывали им недопустимость произвольного воспроизведения «индивидуализирующих характеристик действующего лица»[13], существующего «как самостоятельный результат интеллектуальной деятельности»[14].

---

[13] П. 82 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС Гарант. Все нормативные акты и акты судебной практики даны в настоящей статье по этой справочно-поисковой системе.

[14] П. 9 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015).

Прав Д.В. Мурзин: имущественная ценность исключительного авторского права может «осознаваться», а содержание договора о его предоставлении — «интуитивно угадываться» [Мурзин Д.В., 2017: 36]. С ним соглашается Н.Б. Спиридонова в тезисе о значении «интуитивно воспринимаемых характеристик» при типизации исключительных прав [Спиридонова Н.Б., 2022: 6].

Ни классики античности, ни средневековые книгопечатники не могли даже предполагать богатства нынешней характеристики содержания исключительного авторского права. Не владея известным ныне инструментарием, они, однако, исходя из своих представлений о справедливости и выгоде, настаивали на признании собственного *status quo*. Современное многообразие компонентов исключительного права, обильность трактовок («сотни томов» по терминологии Л. Бентли и Б. Шермана), часто критикуемая за свою многоплановость смысловая вариативность цивилистических категорий (и авторско-правовых, в особенности) не должны посягать на историчность феномена.

В наше время социально-культурный код прошлого с точки зрения содержания исключительного авторского права поддается более подробной дешифровке. В череде эпох, конечно, есть риск не заметить деталей — они существенно затемняются, сглаживаются, уходят в небытие. Однако раздвигаются горизонты и открывается перспектива. Работы в этом направлении имеют научное значение и практический смысл.

Человек, его права и свободы должны стать не целью, а центром авторско-правовой регламентации.

В теоретическом отношении важен и следующий вывод: история человека — это история творчества, история творческого восхождения и подвига. В дотворческой эпохе человека не было. Homo faber возник одновременно с Homo sapiens. Общепринятая история «копирайта» — уклонение в сторону элементарного преобладания натурального над идеальным.

В.С. Соловьев в оценке системы Гегеля, противопоставлявшего идею материи, предельно концентрировал взгляды «философствующего ума» и, как это ни парадоксально, называл материализм «мнимо умозрительным методом всеобщего смешения, с одной стороны, и внешнего подведения под произвольные схемы — с другой». В объяснении самого́ Гегеля парадоксальность резко критической оценки материализма исчезает, кажущиеся несправедливыми упреки по поводу оторванности от реальности получают адекватное объяснение: «Если нам проповедуют, говорил Гегель, “что рассудок есть электричество, а животное — азот или что оно равно северу или югу и т.п., представляя эти тождества иногда в этой самой наготе, иногда же прикрывая их более сложной терминологией, то

неопытность могла бы прийти в изумление от такой силы, соединяющей вещи, по-видимому, столь далеко лежащие…”» [Соловьев В.С., 2007: 14]. Процитированные мысли ярко характеризуют одну из граней исходной диалектики — философии Гегеля — и выражают торжество творческой идеи во вневременном и внепространственном (трансцендентном) контексте. Эти установки подлежат включению в концепт учения о содержании исключительного права на произведение.

2. Диалектика содержания исключительного авторского права

2.1. Содержание исключительного авторского права через призму его сущности

Гегелевская максима «содержание сформировано, форма содержательна» [Гегель Г.В.Ф., 2007: 31, 43] — универсальная формула правоотношения и нормативной упорядоченности вообще. В.И. Ленин только повторил: «Форма существенна. Сущность формирована» [Халфина Р.О., 1974: 36–37]. Р.О. Халфина дополнила эту мысль, подчеркнув активное взаимодействие категорий формы и содержания в разных сферах социальной действительности.

В творческой подотрасли приведенная максима многоаспектна. Теория «интеллектуальной собственности» и профильная судебная практика[15] восприняли интерпретации «формы» и «содержания», обоснованные в логике и эстетике, в том числе понятия художественной формы и содержания, определение произведения как результата «соответствия полноценного содержания и формы» и т.д. [Овсянников М.Ф., 1983: 129, 151–153, 181–182].

Содержание исключительного авторского права — категория юридическая. Ее смысловые особенности, закономерности развития обусловлены природой анализируемого права. По справедливому свидетельству Р. Штейнера, «идеи живут внутри природы» [Бердяев Н.А., 2018: 149]. Оправдан, нацелен на применение верной методологии исследования следующий доктринальный ригоризм: «Назначение и сущность исклю-

[15] Например, в Определении судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 9.04. 2013 № 5-КГ13-2 актуализируются признаки охраноспособной формы произведения и общеизвестных фактов содержания, в п. 10 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09. 2015) констатируется принцип взаимосвязи части и целого в содержании духовного продукта, в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 16.01.2018 по делу № А40-207329/2015 разъясняются авторско-правовые особенности формы выражения и содержания творческого результата.

чительного права напрямую выражается в его юридическом содержании…» [Назаров А.Г., 2017: 37].

Следовательно, квалификация содержания не сводится к апологии возможностей по использованию произведения и, например, распоряжению этим правом. Кроме деталей осуществления исключительного авторского права, анализ его содержания должен охватывать эволюцию системы имущественных прав на произведения, реальный и эвентуальный объем этих юридических потенций, изменение их теоретического и прикладного значения при известном сохранении социально-ценностной константы, возможные и целесообразные пределы оборотоспособности и вообще актуализацию авторских отношений в предмете гражданско-правового регулирования. Рациональные предложения по «оптимизации» имущественных авторских прав сочетаются в доктрине с радикальными суждениями в духе «копилефта».

Положение, в котором постулируются конституирующие компоненты монополии правообладателя — использование произведений и распоряжение правами на использование вытекает из новейшей концепции исключительных прав, закрепленной, по замыслу законодателя[16], в части четвертой ГК).

Идея двуединой концепции исключительного авторского права, включающего возможности использования и распоряжения, констатируется в цивилистических трудах соавторов российской кодификации гражданского законодательства об интеллектуальных правах, поддерживается в их публикациях [Дозорцев В.А., 2003: 48, 114, 291, 349]; [Суханов Е.А., 2007: 30], однако, остается дискуссионной. Полярная точка зрения сводится к определению содержания исключительного авторского права через монистическую возможность использования. У этого воззрения тоже имеются авторитетные сторонники [Алексеев С.С., 2006: 3–11]; [Мурзин Д.В., 2023: 505]. В палитре суждений проявляется мнение специалистов, фильтрующих «правильные» фрагменты упомянутых учений [Свиридова Е.А., 2019: 67, 77].

В отечественной цивилистике о двух базовых правомочиях в содержании исключительного авторского права — «пользовании и распоряжении своим произведением» писал Я.А. Канторович [Канторович Я.А., 1916: 356]. Эта характеристика диалектически переработана и усовершенствована современниками в нынешней кодификации гражданского законодательства. Идеальным объектом невозможно распорядиться непосредственно. Сомнительно его практическое применение в вещ-

[16] Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Комментарий. Текст. М., 2007. С. 8–10 (автор комментария –П.В. Крашенинников).

но-правовом понимании. В ряде случаев обнаруживается не только склонность к произвольному повторению терминологии, а явное увлечение вещно-правовыми понятиями [Назаров А.Г., 2017: 43]; [Гаврилов Э.П., 2016: 118, 364]. Позитивные барьеры (ст. 1227 ГК) направляют к сдержанным, взвешенным оценкам.

В целом проблема соотношения интеллектуальных и вещных прав, конечно, не исчерпывается чисто терминологическими аспектами или нормами гражданского закона. Имеются оригинальные перспективные исследования этой проблематики [Васильев А.С., Лисаченко А.В., Мурзин Д.В., 2020: 43–55, 315–318]. Спорность суждения Я.А. Канторовича компенсируется утилитарностью решения. Не зря Г.Ф. Шершеневич писал о продуктах духовного творчества, предназначенных «к обращению в обществе» [Шершеневич Г.Ф., 2001: 335]. Подразумевается введение в оборот не духовного достижения, а именно объективированного результата (картины, иного произведения искусства, автографа), тиражируемых экземпляров и, главное, «формализованного прообраза», юридической оболочки — имущественных прав на произведение. Презумпция рациональна. Прагматизм процитированной научной позиции диссонирует с констатацией глобальной теоретической проблемы «о возможности отчуждения или «передачи» интеллектуальных прав от первоначальных создателей соответствующих объектов к новым правообладателям…» [Суханов Е.А., 2007: 29]. В суждении о масштабах проблемы может, таким образом, усматриваться некоторое преувеличение. Поскольку все фундаментальное — вне времени, сравнение взглядов Я.А. Канторовича и Е.А. Суханова вполне уместно.

2.2. Содержание, понятие, структура, система исключительного авторского права: сопоставление категорий

Нестыковки, предполагающие единство нормативного материала и типичную судебную практику, вносят путаницу в решение и без того непростых вопросов авторского права. Диссонанс усиливается при смешении содержания с «родственными», но самостоятельными категориями — понятием, структурой, системой исключительного авторского права. Полемичность этих аспектов отчетливо прослеживается. «Центральной является проблема прав и обязанностей, иначе говоря, содержания исключительного права» [Дозорцев В.А., 2003: 23].

С точки зрения упрощенного понимания, обязанности не включаются в содержание субъективного права — это полярные единицы. Элементарное разграничение субъективного права и обязанности может опираться на судебную практику: «Если в авторском договоре о пере-

даче исключительных прав на произведение не предусмотрено обязанности пользователя фактически использовать полученное произведение, то бывший правообладатель не вправе этого требовать»[17]. Мнение В.А. Дозорцева самоценно, и оно побуждает уточнять коннотации.

Во-первых, процитированную мысль правоведа надлежит понимать в новоисторическом контексте: предстоящее завершение кодификации, выстраивание принципиально новых моделей, преодоление самых неожиданных барьеров на этом пути [Дозорцев В.А., 2003: 394–405]; [Маковский А.Л., 2010: 625–658]; [Алексеев С.С., 2006: 11].

Во-вторых, профессор констатирует абсолютный характер правоотношения — неопределенный круг лиц обязан соблюдать неприкосновенный статус правообладателя.

В-третьих, оправдано напоминание об исключительном праве в объективном смысле — теория, последовательно разрабатывавшаяся В.А. Дозорцевым.

В-четвертых, как бы автономно ни развивались цивилистическое учение о правоспособности и доктрина авторского права, сохраняется общее методологическое значение понимания субъективного права: «Определение субъективного права как юридического средства регулирования поведения обязанного лица, в котором в целях удовлетворения своих интересов нуждается управомоченный, стирает какое бы то ни было различие между содержанием права и обязанности, поскольку точно такое же полностью приложимо и к субъективной обязанности» [Толстой Ю.К., 2013: 315].

А.Г. Назаров, раскрывая содержание исключительного права, рассуждает о «правомочиях, предоставляемых правообладателям, и обязанностях, налагаемых на третьих лиц (п. 1 ст. 1229 ГК РФ)» [Назаров А.Г., 2017: 37]. В схематическом изложении содержания исключительного права он, по сути, описывает абсолютное правоотношение. Содержание правоотношения, конечно, шире, включает как субъективные права, так и обязанности. Подобное отождествление части и целого одновременно

[17] См. п. 8 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28.09.1999 № 47). Истец требовал обязать ответчика выпустить в эфир произведение, созданное истцом по заказу. По авторскому договору исключительное право было «передано» ответчику. Суд первой инстанции иск удовлетворил, сделав в решении вывод, что «при приобретении исключительных прав на эти произведения телерадиокомпания получила и обязанность использовать их определенным способом». Суд кассационной инстанции решение отменил, указав на недопустимость отождествления исключительного авторского права и обязанности по использованию произведения. При этом, как говорилось в кассационном постановлении, стороны вправе закрепить обязанность по использованию в договоре.

посягает на квалификацию природы анализируемого частного явления, искажает исходные параметры.

Природа целого проявляется в содержании, но не размывает, а формирует его, выступает «показателем правообразующей основы (юридического факта и нормы), которая связывает с указанным фактом соответствующие юридические последствия» [Красавчиков О.А., 2017: 239]. Специальное не следует смешивать с общим. Каждое отдельно взятое сочленение (в данном случае — состав и градация авторских правомочий, особенности их реализации, юридико-технические особенности и т.д.) поддерживается общим каркасом конструкции (абсолютное исключительное право, авторское правоотношение в целом). Нарушение композиции угрожает целостности и жизнеспособность института, отрицательно сказывается на качестве норм, провоцирует юридико-технические препятствия, способствует контрпродуктивному продолжению споров и порождает очередные коллизии в правоприменении.

К вопросу о качестве норм и специфической юридической технике возвращает абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК, в котором ультимативно разграничиваются и в то же время сочленяются через соединительный союз «и» имущественные права на произведение и способы его использования: «может использовать… только в пределах тех *прав* и теми *способами*…» (курсив мой. — Д.Б.). Воплощение идеи законодателя неоднозначно. Имеет место или формальный, технический изъян, или уникальное текстуальное выражение одной из составляющих юридической формы с применением экономической терминологии. Надлежит признать уникальность юридической конструкции [Алексеев С.С., 2006: 6]; [Суханов Е.А., 2007: 31].

В авторско-правовых установлениях способы использования словно отождествляются с соответствующими им правомочиями (воспроизведение, распространение, публичный показ и т.д.). Смысл нормы часто оказывается шире ее буквы. Экономическая модель или хозяйственная операция (тот самый «способ использования») и мера возможного поведения (имущественное авторское право) — далеко не одно и то же. Обособление и одновременно объединение характера делегируемых прав, с одной стороны, и вариантов (способов) действий с творческим результатом, с другой, актуализирует проблему отчуждения (предоставления) будущего права, не известного при текущем уровне научно-технического и социально-экономического развития. Дилемма пределов свободы договора (могут ли стороны договориться о способе использования, не предусмотренном легально; отчуждается ли в комплексе прочих имущественных правомочий то, о котором стороны на момент сделки ничего не подозревали и т.д.) коррелирует с проблемами судейской дискреции.

Интересен вопрос о допустимости установления судом действия исключительного авторского права, не закрепленного законом. Интерес не риторический. В ряде стран, участвующих в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (преимущественно в англосаксонской правовой семье общего права), «передача» будущих прав допускается. Отсюда и коллизионные аспекты. Парадоксален сам факт абсолютных непоименованных исключительных прав (правомочий). «Прежде всего, права такого рода могут возникать только при наличии прямого указания закона» [Павлова Е.А., 2009: 518].

В отмеченном пункте «встречаются» цивилистические теории о субъективных гражданских и собственно интеллектуальных правах, появляется необходимость разграничивать субъективное авторское право и составляющие его правомочия. Нужно признать, что право собственности тоже не исчерпывается пресловутой «триадой», и его «абсолютность» от этого не страдает. Но разве исключительное право развивается не по собственным канонам? Социальные, исторические, экономические, политические предпосылки могут различаться, совпадают идея абсолютности и характер применения установлений. Существует также риск смешения некоторого имущественного авторского правомочия, возникающего «из жизни» и опирающегося на принцип свободного использования произведения правообладателем, и фактической возможности извлекать естественную пользу из вещи, в которой выражено произведение (экземпляр), — возможности, не подпадающей под авторско-правовое регулирование (п. 3 ст. 1270 ГК). В п. 6 цитированного выше Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав высшая судебная инстанция констатировала: «Действия курьера исключительно по доставке книги от продавца покупателю не являются использованием». Отмеченные моменты свидетельствуют о потенциале исследуемого феномена.

Действительное содержание субъективного права часто оказывается шире функционала, лапидарно изложенного в тексте закона. Нормативный компендиум закрепляет ориентиры правовой политики и правоприменительной практики, призван обеспечивать определенность и предсказуемость общественных отношений. Он не препятствует проявлению научной любознательности, стремлению к открытиям и систематизации нового.

А.Л. Маковский, комментируя правила ст. 1229 ГК, упоминает понятие и содержание исключительного права в логическом (по точному смыслу комментария) единстве этих категорий. Частое в лаконичном фрагменте текста повторение концепта как сакральной мантры («группа правил о понятии и содержании исключительного права», «специаль-

ные правила о понятии и содержании отдельных видов исключительного права», «аналогично системе общих и специальных норм о понятии и содержании исключительных прав») [Маковский А.Л., 2018: 49] — это своего рода авторитетное внушение, эффектная контекстная модель, характеризующая в то же время универсальность юридической техники. Ни интерпретационный прием, ни анализируемые А.Л. Маковским положения закона не дают повода даже предполагать в его повествовании нарушения логики, отождествления «понятия» и «содержания», «содержания» и «структуры». Соблюдается тонкая грань (вре́менного, необходимого, продуктивного) обобщения базовых единиц профессионального словаря, исходя из социально-прагматических целей нормативного материала при его последовательном развитии в научном толковании. Строго выдерживается корректная юридическая терминология.

Игнорирование ведущей идеи и отточенной стилистики филигранного обобщения, предложенного А.Л. Маковским в суждениях о понятии и содержании исключительного права, встречается в доктрине. Е.А. Свиридова пишет: «Содержание исключительного права на произведение можно определить на основании ст. 1270 ГК. В состав исключительного права входит возможность использовать произведение в определенных пределах: в любой форме и любым не противоречащим закону способом. Если буквально толковать норму п. 1 ст. 1270, получается, что правом использования исключительное право и ограничивается. Вместе с тем законом предусмотрена возможность правообладателя распоряжаться исключительным правом на произведение, однако право распоряжения в понятие исключительного права не включено» [Свиридова Е.А., 2019: 67, 77].

Ограничения исключительного права — специальный термин и особый юридический состав. Ограничения являются не общим правилом, а изъятиями из принципа использования произведения с согласия правообладателя. Формулой «в любой форме и любым не противоречащим закону способом» (п. 1 ст. 1270) поддерживается неисчерпывающий (по общему правилу), а не строго определенный список способов использования. Исключительное право не «ограничивается» правом использования, а выражается в нем и т.д. Формулировки дефиниций «Исключительные права» и «Содержание авторских прав» тоже могут быть подвергнуты критике.

Слияние категорий понятия и содержания исключительного авторского права неприемлемо. Подобный подход, как пояснялось выше, будет провоцировать коллизии, нивелировать перспективы развития системы интеллектуальных прав, создавать недобрую почву для судебной практики.

Умозрительная общность между понятием и содержанием прослеживается. Дело не только во всеохватывающей связи социальных явлений [Красавчиков О.А., 2017: 93]. Содержание исключительного авторского права может быть сведено в категориальное понятие, превращается в него на уровне теоретического абстрагирования — «понятие содержания». С другой стороны, само понятие может раскрываться через описание содержания (функциональный подход). В системном единстве своих смысловых сфер данные категории заключают каноны «бытийности» исключительного авторского права — основные положения о его генезисе, характере, признаках, принципах, основаниях, подвидах и т.д.

Понятие и содержание исключительного авторского права — самостоятельные гражданско-правовые субстанции. Первая выражает статику, качества принадлежности к праву гражданскому. Вторая — динамику субъективного права, базис его осуществления, потенциал оборота, движение связанного с ним отношения во времени, пространстве и по кругу лиц. Первая является теоретической монадой, консервативной по сути, феноменально предсказанной на этапе зарождения нового направления цивилистики, развенчанной идеей, вновь возведенной на недосягаемый пьедестал. Вторая диктуется сугубо прагматическими настроениями и постоянно расширяется. Если первая — корни и стебель, то вторая — листья и соцветия. Игнорирование особенностей рассматриваемых единиц цивилистической материи ошибочно.

Нынешняя устойчивая тенденция — смешение содержания и структуры исключительного авторского права и как следствие — подмена известных общетеоретических значений [Грибанов В.П., 1994: 160] новыми трактовками [Щербак Н.В., 2022: 167–181, 316, 321, 482]; [Спиридонова Н.Б., 2022: 5–20].

Смысловое наполнение, логическая завершенность, внутреннее единство элементов (содержание) и особенности их взаимосвязи, механизм сцепления, градация (структура) — соотносимые, но не тождественные категории. Единство целого обеспечивается определенной упорядоченностью компонентов, обусловленной в данном случае социально-экономическими факторами. Значит, структура выступает категорией вида и охватывается родовым понятием содержания. Утверждение о структуре (группе взаимодействующих, определенным образом расположенных компонентов) исключительного авторского права корректно, если, например, раскрываются основания классификации соответствующих имущественных правомочий, исследуется их иерархия, выявляется генеральное и специальное в осуществлении субъективного права. Вне рамок тех или иных аспектов типизации абсолютных имущественных прав на произведения констатация структуры исключительного авторского права неубедительны.

Заключение

Жизнь объективированных идей и образов имеет собственное хронологическое измерение и в равной мере обладает значением факта — исторического и авторско-правового. Многие понятия, описывающие непреходящий духовный мир человека (творчество, оригинальность, произведение, мысль, образ и т.д.), вряд ли могут и вряд ли когда-либо будут претендовать на их определение в законе, но тем не менее они являются канонами права гражданского и авторского, в частности. Сугубо материалистическое воззрение на развитие авторских отношений, сконцентрированное на периоде жизнедеятельности нескольких предшествующих поколений, в итоге игнорирует историчность известных социальных процессов, «выбрасывает» из сферы авторско-правового восприятия извечные чувственные и в определенной мере визуализируемые явления (духовность, этика, эстетика, мораль, нравственность и др.), не менее реальные в авторском праве, чем, например, «стоимость», «товар», «деньги» в экономической теории. «Нам нужно учиться в области социальной мысли через наблюдаемые явления видеть ненаблюдаемое, и потом из этого ненаблюдаемого нам понятнее… то, что мы наблюдаем» [Мамардашвили М., 2019].

Дилемма о приоритете яйца или курицы при определении исходных содержательных величин не довлеет: не экономика привела к авторскому праву, а авторское право — к его экономике.

Приоритетна в свете изложенного установка на развитие — на комплексное (в русле исторических, философских, общетеоретических аспектов) обоснование правомочий, составляющих ядро и периферию исключительного авторского права, детальное исследование их системы, раскрытие других, «осознаваемых» и «интуитивно угадываемых» элементов, формулирование на этой основе новелл о содержании, обусловленных природой исключительного авторского права и естественным течением общественных отношений, а не элементарной ориентацией на выгоду, проповедуемую коммерциалистами. Важна нацеленность на дальнейшую разработку понятийного аппарата.

Содержание исключительного авторского права проявляется в трех аспектах:

во-первых, в значении легально закрепленного объема исключительного авторского права;

во-вторых, как эволюционирующая, динамичная, универсальная сбалансированная система абсолютных имущественных прав на произведение;

в-третьих, в смысле совокупности возможностей правообладателя по извлечению из произведения эстетической и экономической выгоды.

Список источников

1. Алексеев С.С. Право интеллектуальной собственности. Екатеринбург: Институт частного права, 2006. 120 с.

2. Алферов А.Л. Из истории авторского права в России // Право и политика. 2001. № 9. С. 122–130.

3. Бакунцев А.В. Авторское право на произведения литературы в Российской империи. Законы, постановления, международные договоры (1827–1917). М.:Изд-во ВК, 2006. 91 с.

4. Бахтиаров А. Иван Федоров. Первый русский книгопечатник: исторический очерк. СПб.: Тип. Е. Евдокимова, 1895. 31 с.

5. Бердяев Н.А. Смысл творчества. М.: АСТ, 2018. 416 с.

6. Бульвер-Литтон Э. Последние дни Помпеи. Пелэм, или Приключения джентльмена. Пер. с англ. М.: Правда, 1988. 768 с.

7. Вазари Дж. Великие художники: избранные жизнеописания. Пер. с итал. М.: АСТ, 2020. 544 с.

8. Васильев А.С. Авторское право / Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Проспект; Екатеринбург: Институт частного права, 2017. С. 1236–1319.

9. Васильев А.С., Лисаченко А.В., Мурзин Д.В. Проблемы правовой охраны результатов научной деятельности. Екатеринбург: Автограф, 2020. 338 с.

10. Воскобойников О. 16 эссе об истории искусства. М.: Изд. дом ВШЭ, 2023. 472 с.

11. Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права. XXI век. М.: Юрсервитум, 2016. 878 с.

12. Гегель Г.В.Ф. Философия права. Пер. с нем. М.: Мир книги, 2007. 464 с.

13. Гонгало Б.М. Предмет гражданского права / Избранное. Т. 2: Гражданское право. 2003–2014. М.: Статут, 2021. С. 20–37.

14. Гордон М.В. Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. 232 с.

15. Грибанов В.П. Право на защиту как субъективное гражданское право / Гражданское право. Т. 1. Учебник. М.: БЕК, 1994. С. 159–169.

16. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М: Статут, 2003. 416 с.

17. Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юрид. лит., 1963. 138 с.

18. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. М.: Статут, 2000. С. 549–565.

19. Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Петроград: Брокгауз-Ефрон, 1916. 792 с.

20. Кашанин А.В. Развитие взглядов на соотношение личных неимущественных и имущественных прав автора в доктрине авторского права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 7. С. 88–99.

21. Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. М.: Статут, 2017. Т. 1. 492 с.; Т. 2. 494 с.

22. Липцик Д. Авторское право и смежные права. Пер. с франц. М.: Ладомир, 2002. 794 с.

23. Маковский А.Л. Исключительное право (статья 1229) / Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2008. С. 281–294.

24. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. 736 с.

25. Маковский А.Л. Статья 1229. Исключительное право/ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева, 2018. С. 47–64.

26. Мамардашвили М. Вильнюсские лекции по социальной философии (Опыт физической метафизики). СПб.: Азбука, 2019. 320 с.

27. Мангель А. История чтения. Пер. с англ. СПб.: Изд-во Ивана Лимбаха, 2020. 432 с.

28. Мельников В. Нарушение авторских прав на фотографию в аспекте Европейской Конвенции по правам человека // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2010. N 1. С. 25–32.

29. Михеева Л.Ю. Модернизация института нематериальных благ: достижения и перспективы / Кодификация российского частного права. М.: Статут, 2019. С. 185–197.

30. Мурзин Д.В. Понятие, история и источники авторского права // Право интеллектуальной собственности. Учебник. М.: Статут, 2017. С. 13–67.

31. Мурзин Д.В. Общие положения об интеллектуальных правах // Гражданское право: Учебник. Т. 1. М.: Статут, 2023. С. 501–509.

32. Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности. М.: Проспект, 2017. 184 с.

33. Овсянников М.Ф. (ред.) Краткий словарь по эстетике. М.: Просвещение, 1983. 223 с.

34. Павлова Е.А. Исключительные права (интеллектуальная собственность). В кн.: Гражданское право. М.: ИНФРА-М, 2009. С. 513–585.

35. Пиленко А.А. Международные литературные конвенции. СПб.: Тип. Морского министерства, 1894. 555 с.

36. Свиридова Е.А. Понятие и содержание авторских прав / Право интеллектуальной собственности: художественная собственность. М.: Инфра-М, 2019. С. 34–81.

37. Сергеенко М.Е. Примечания / Письма Плиния Младшего. М.: Наука, 1983. С. 286–295.

38. Соловьев В.С. Гегель / Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мир книги, 2007. С. 5–26.

39. Спиридонова Н.Б. Структура исключительного авторского права // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. N 2. С. 5–20.

40. Суханов Е.А. О кодификации законодательства об «интеллектуальной собственности» / Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Комментарий. Текст. М.: Статут, 2007. С. 24–32.

41. Табаева З. Вся надежда на поэта! // Деловой Казахстан. 16.05.2014. С. 11.

42. Толстой Ю.К. Из пережитого. М.: Проспект, 2013. 400 с.

43. Фромм Э. Иметь или быть? Пер. с англ. М.: АСТ, 2014. 320 с.

44. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. 351 с.

45. Хейфец И.Я. Авторское право. М.: Советское законодательство, 1931. 220 с.

46. Цицерон М.Т. О государстве. О законах. Пер. с лат. М.: Академ. проект, 2016. 249 с.

47. Чертанов М. Дарвин. М.: Молодая гвардия, 2013. 407 с.

48. Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань: Тип. Имп. ун-та, 1891. 314 с.

49. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. 720 с.

50. Щербак Н.В. Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав: дис. … д.ю.н. М., 2022. 509 с.

51. Энгельс Ф. Письмо В. Боргиусу / Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 39. М.: Изд-во полит. лит. 1966. С. 174–177.

References

1. Alekseev S.S. (2006) Intellectual property rights. Ekaterinburg: University, 120 p. (in Russ.)

2. Alferov A.L. (2001) From the history of copyright in Russia. *Pravo i politika*=Law and Politics, no. 9, pp. 122–130 (in Russ.)

3. Bakhtiarov A. (1895) Ivan Fedorov. The first Russian book printer: a historical essay. *Saint Petersburg*: Evdokimov, 31 p. (in Russ.)

4. Bakuntsev A.V. Copyright for works of literature in the Russian Empire. Laws, regulations, international treaties (1827–1917). Moscow: VK Publishers, 2006. 91 p. (in Russ.)

5. Berdyaev N.A. (2018) *The meaning of creativity.* Moscow: AST, 416 p. (in Russ.)

6. Bulwer-Lytton E. (1988) The last days of Pompeii. Pelham, or the adventures of a gentleman. Moscow: Pravda, 768 p. (in Russ.)

7. Chertanov M. (2013) Darwin. Moscow: Molodaya gvardiya, 407 p. (in Russ.)

8. Cicero M.T. (2016) About the state. About laws. Moscow: Akademicheskiy proyekt, 249 p. (in Russ.)

9. Dozortsev V.A. (2003) *Intellectual rights. Concept. System. Codification.* Moscow: Statut, 416 p. (in Russ.)

10. Engels F. (1966) Letter to V. Borgius. In: Marx K., Engels F. Works. Vol. 39. Moscow: Izdatel'stvo politicheskoy literatury, pp. 174 — 177 (in Russ.)

11. Fromm E. (2014) *To have or to be?* Moscow: AST, 320 p. (in Russ.)

12. Gavrilov E.P. (2016) Intellectual property rights. Copyright and adjacent rights. 21th century. Moscow: Yurservitum, 878 p. (in Russ.)

13. Gongalo B.M. (2021) Subject of civil law. Selected works. Vol. 2. Moscow: Statut, 720 p. (in Russ.)

14. Gordon M.V. (1955) The Soviet copyright. Moscow: Gosyurizdat, 232 p. (in Russ.)

15. Gribanov V.P. (1994) The right to protection as a subjective civil right. In: Civil law. E.A. Sukhanov (ed.). Moscow: BEK, 384 p. (in Russ.)

16. Halfina R.O. (1974) *General doctrine of legal relations.* Moscow: Yuridicheskaya literatura, 351 p. (in Russ.).

17. Hegel G.V.F. (2007) *Philosophy of law.* Moscow: Mir knigi, 464 p. (in Russ.)

18. Ioffe O.S. (2000) Legal relations under Soviet civil law. Selected works. Moscow: Statut, 782 p. (in Russ.)

19. Jonas V.Ya. (1963) *Criterion of creativity in copyright law and practice.* Moscow: Yuridicheskaya literatura, 138 p. (in Russ.)

20. Kantorovich Ya.A. (1916) Copyright in literary, musical, artistic and photographic works. Petrograd: Brockhaus-Efron, 792 p. (in Russ.)

21. Kashanin A.V. (2010) Development of views on the relationship between the personal non-property and property rights in the doctrine of copyright. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*=Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice, no. 7, pp. 88–99 (in Russ.)

22. Kheifets I.Ya. (1931) *Copyright*. Moscow: Sovetskoye zakonodatel'stvo, 220 p. (in Russ.)

23. Krasavchikov O.A. (2017) Legal facts in Soviet civil law. Selected works. Moscow: Statut. Vol. 1, 492 p., vol. 2, 494 p. (in Russ.)

24. Liptsik D. (2002) *Copyright and related rights.* Moscow: Ladomir, 794 p. (in Russ.)

25. Makovsky A.L. (2008) Exclusive right (article 1229). In: Commentary on part four of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Statut, 715 p. (in Russ.)

26. Makovsky A.L. (2010) On the codification of civil law (1922–2006). Moscow: Statut, 736 p. (in Russ.)

27. Makovsky A.L. (2018) Article 1229. Exclusive right. In: Commentary on part four of the Civil Code. E.A. Pavlova (ed.). Moscow: Research Center for Private Law, 928 p. (in Russ.)

28. Mamardashvili M. (2019) Vilnius lectures on social philosophy: experience in physical metaphysics. Saint Petersburg: Azbuka, 320 p. (in Russ.)

29. Mangel A. (2020) History of reading. Saint Petersburg: Limbach Publishers, 432 p. (in Russ.)

30. Melnikov V. (2010) Violation of copyright in photographs in the European Convention on Human Rights. *Intellektualnaya sobstvennost*. *Avtorskie i smezhnye prava*=Intellectual Property. Copyright and Adjacent Rights, no. 1, pp. 25–32 (in Russ.)

31. Mikheeva L.Yu. (2019) Modernization of the institution of intangible benefits: achievements and prospects. In: Codification of Russian private law. D.A. Medvedev (ed.). Moscow: Statut, 492 p. (in Russ.)

32. Murzin D.V. (2017) Concept, history and sources of copyright. In: Intellectual property rights. Vol. 2. Copyright. Moscow: Statut, 367 p. (in Russ.)

33. Murzin D.V. (2023) General provisions on intellectual rights. In: Civil law. B.M. Gongalo (ed.). Vol. 1. Moscow: Statut, 622 p. (in Russ.)

34. Nazarov A.G. (2017) Limits of exercise of the exclusive right to the results of intellectual activity. Moscow: Prospekt, 184 p. (in Russ.)

35. Ovsyannikov M.F. (1983) A brief dictionary of aesthetics. Moscow: Prosveshcheniye, 223 p. (in Russ.)

36. Pavlova E.A. (2009) Exclusive rights (intellectual property). In: Civil law. Vol. II. Moscow: INFRA-M, 608 p. (in Russ)

37. Pilenko A.A. (1894) International literary conventions. Saint Petersburg: Navy Ministry, 555 p. (in Russ.)

38. Scherbak N.V. (2022) Copyright and neighbouring rights in the system of intellectual rights. Doctor of Juridical *Sciences* Thesis. Moscow, 509 p. (in Russ.)

39. Sergeenko M.E. (1983) Notes. In: Plinyi Junior Letters. Moscow: Nauka, 408 p. (in Russ.)

40. Shershenevich G.F. (1891) *Copyright for literary works.* Kazan: University, 314 p. (in Russ.)

41. Shershenevich G.F. (2001) Civil law course. Tula: Avtograf, 720 p. (in Russ.)

42. Soloviev V.S. (2007) Hegel. In: Hegel G. Philosophy of law. Moscow: Mir knigi, 464 p. (in Russ.)

43. Spiridonova N.B. (2022) Structure of exclusive copyright. *Zhurnal suda po intellektualnym pravam*=Journal of the Intellectual Rights Court, no. 2, pp. 5–20 (in Russ.)

44. Sukhanov E.A. (2007) Codification of legislation on intellectual property. In: Civil Code of the Russian Federation. Part Four: Commentary. Text. Moscow: Statut, 352 p. (in Russ.)

45. Sviridova E.A. (2019) Concept and content of copyright. In:. Intellectual property: artistic property. G.F. Ruchkina (ed.). Moscow: Infra-M, 231 p. (in Russ.)

46. Tabaeva Z. (2014) All hope is for the poet! *Business Kazakhstan*, no. 18, p. 11 (in Russ.)

47. Tolstoy Yu.K. (2013) From my experience. Moscow: Prospekt, 400 p. (in Russ.)

48. Vasari G. (2020) Great artists: selected biographies. Moscow: AST, 544 p. (in Russ.)

49. Vasiliev A.S. (2017) Copyright. In: Commentary on the Civil Code of the Russian Federation. S.A. Stepanov (ed.). Moscow: Prospekt; Ekaterinburg: Institute of Private Law, 1648 p. (in Russ.)

50. Vasilyev A.S., Lisachenko A.V., Murzin D.V. (2020) Legal protection of scholar activity results. Ekaterinburg: Autograph, 338 p. (in Russ.)

51. Voskoboynikov O. (2023) 16 essays on the history of art. Moscow: HSE Publishing House, 472 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

Д.А. Братусь — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

D.A. Bratus' — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 25.01.2022; одобрена после рецензирования 15.05.2023; принята к публикации 10.09.2023.

The article was submitted to editorial office 25.01.2022; approved after reviewing 15.05.2023; accepted for publication 10.09.2023.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 343.9
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.143.169

Информационные основы современной уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов

Сергей Владимирович Расторопов[1], Владимир Антонович Прорвич[2]

[1, 2] Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20,

[1] srastoropov@hse.ru https://orcid.org/0009-0005-8105-4514

[2] kse60@mail.ru htpps://orcid.org/0000-0000-5964-9056

Аннотация

Эффективность уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов в значительной степени зависит от интегрированного применения инструментария, созданного в рамках наук уголовно-правового и информационного блоков. Важную роль в криминализации общественных отношений в сфере цифровых прав, которые активно используются киберпреступностью, играет компьютерное моделирование. Основные источники юридических ошибок при организации уголовно-правовой защиты субъектов цифровых прав возникают из-за попыток механического перенесения некоторых понятий из арифметики, физики, микроэлектроники и других естественных наук в сферу уголовного права. Законодатель связал понятия «цифровых прав» с новым правовым понятием «правил информационной системы». Такие правила создают обладатели информационных систем, а соответствующие правовые предписания на уровне федеральных законов отсутствуют. Вместе с тем взаимосвязанные информационные системы давно применяются при совершении биржевых транзакций с эмиссионными ценными бумагами, а нестыковки правил этих систем нередко приводят к юридическим ошибкам при выявлении криминальных событий. Для их профилактики предлагаются новые способы имплементации инструментария наук информационного блока в сферу уголовно-правовых наук. Одним из наиболее действенных является выделение из определенных совокупностей уголовно-правовых и граждан-

© Расторопов С.В., Прорвич В.А., 2024

ско-правовых норм юридических алгоритмов, позволяющих сформировать развернутую уголовно-правовую характеристику конкретного киберпреступления и идентифицировать признаки его состава для надлежащей квалификации. Другие виды юридических алгоритмов позволяют идентифицировать особенности предмета и пределов доказывания по уголовному делу о киберпреступлениях рассматриваемого вида. Третьи — организовать применение методики расследования таких киберпреступлений в циклическом режиме с обратными связями для выявления каждого из преступлений и дифференциации их составов. Формирование иерархических систем юридических алгоритмов различного вида и назначения позволяет создать на их основе ряд проблемно-ориентированных компьютерных программ, обеспечивающих правоприменение интерактивных информационных систем для обработки электронных документов и иной информации при выявлении и раскрытии преступлений в сфере цифровой экономики и финансов.

Ключевые слова

киберпреступления; цифровая экономика и финансы; цифровые права; цифровые финансовые активы; манипулирование рынком; юридические алгоритмы; интерактивные информационные системы.

Для цитирования: Расторопов С.В., Прорвич В.А. Информационные основы современной уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 143–169. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.143.169

Research article

Information Bases of Modern Criminal Law Protecting Subjects of Digital Economy and Finance

Sergey V. Rastoropov, Vladimir A. Prorvich

[1, 2] National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

[1] srastoropov@hse.ru

[2] kse60@mail.ru

Abstract

The value of criminal law protecting digital economy and financial entities largely depends on the integrated application of tools created within the framework of the sciences of criminal law and information blocks. Computer modeling plays an important role in the proper criminalization of new social relations in the field of digital rights recently introduced into the current legislation, which are actively used by cybercrime of various types. The main sources of legal errors in the organization of criminal law protection of subjects of digital rights arise due to attempts to “mechanically” transfer some concepts from arithmetic, physics, microelectronics and other natural sciences

to the field of criminal law. Moreover, the legislator linked the concepts of “digital rights” with the new legal concept of “rules of the information system”. At the same time, that rules are created by the “owners” of information systems, and there are no relevant legal regulations on their structure and content at the level of federal laws. At the same time, interconnected information systems have long been used in making exchange transactions with equity securities, and non-alignment of the rules of these systems often lead to legal errors in identifying relevant criminal events. To prevent them, new ways of proper implementation of the tools of the information block sciences in the field of criminal law sciences are proposed. One of the most effective is the identification of legal algorithms from certain sets of criminal and civil law norms, which make it possible to form a detailed criminal law characteristic of a specific cybercrime and identify the features of its composition for proper qualification. Other types of legal algorithms make it possible to identify the features of the subject matter and the limits of proof in a criminal case of cybercrimes of this type. Still others need to use the methodology for investigating such cybercrimes in a cyclical mode with feedback loops to identify each of the crimes committed in the aggregate and differentiate their elements. The formation of hierarchical systems of legal algorithms of various types and purposes makes it possible to create on their basis a number of problem-oriented computer programs that ensure the proper enforcement of interactive information systems for the processing of electronic documents and other information in the identification, disclosure and investigation of crimes in the field of digital economy and finance.

Keywords

cybercrimes; digital economy and finance; digital rights; digital financial assets; market manipulation; legal algorithms; interactive information systems.

For citation: Rastoropov S.V., Prorvich V.A. (2024) Information Bases of Modern Criminal Law Protecting Subjects of Digital Economy and Finance. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 143–169 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.143.169

Введение

Обсуждение проблем создания надежной системы уголовно-правовой защиты современных общественных отношений в условиях перехода к информационному обществу и экономике знаний неизбежно приводит к выводам о необходимости формирования ее прочного научно обоснованного фундамента. Исследования показывают, что он должен иметь интегрированный характер, не только объединяя возможности юридических наук и наук информационного блока, но и фокусируя усилия ученых и специалистов на формализацию новых проблем борьбы с современным криминалом. Это позволит создать современный высокотехнологичный инструментарий выявления, пресечения и профилактики преступлений рассматриваемого вида, выверенный с правовой точки зрения.

Вектор научных исследований и разработок в данной сфере задан в основополагающих указах Президента России[1]. Их правовые установки носят стратегический характер, определяя важнейшие задачи, которые предстоит решить деятелям всех юридических наук и специалистам-практикам. При этом речь идет не только о создании новой системы регулирования правоотношений субъектов будущего информационного общества различного вида и уровня, но и об их надлежащей уголовно-правовой защите.

Особенно трудные проблемы, связанные с постановкой и выполнением соответствующих исследований, возникают, когда новые проблемы борьбы с киберпреступностью наслаиваются на ставшие привычными способы их решения. Дополнительные трудности связаны с тем, что криминал не ограничен какими-либо рамками в разработке и реализации преступных схем, включая использование самых современных информационных технологий. Правоохранительные же органы при этом обязаны действовать строго в рамках правовых предписаний.

Соответственно, при разработке методик выявления, раскрытия, расследования и профилактики новых, «высокотехнологичных» видов преступлений в сфере цифровой экономики и финансов, возникает необходимость не только комплексного, но и взаимосвязанного, взаимообусловленного развития всех наук уголовно-правового блока. Однако анализ публикаций, раскрывающих соответствующие проблемы и способы их решения, показывает, что возможности синхронизации их развития в интересах уголовно-правовой защиты субъектов информационного общества и экономики знаний далеко не однородны.

Целью настоящей работы является поиск основных подходов к формированию единого, интегрированного фундамента, объединяющего возможности инструментария, созданного в рамках наук уголовно-правового и информационного блоков, для создания в конечном итоге проблемно-ориентированного программного обеспечения, сориентированного на применение интерактивных информационных систем, необходимых для надлежащей обработки электронных документов и иной электронной информации о киберпреступлениях в сфере традиционной и цифровой экономики и финансов.

---

[1] Стратегия развития информационного общества Российской Федерации на 2017-2030 годы, утвержденная Указом Президента РФ от 09.05. 2017 № 203; Указ Президента РФ «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации до 2024 года» от 07.05. 2018 № 204; Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации». Утверждена президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 № 16; Указ Президента РФ «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» от 10.10. 2019 № 490 // СПС КонсультантПлюс.

Для ее достижения рассмотрены основные подходы к формализации важнейших проблем на стыке юридических наук и информатики, решение которых позволяет сформировать информационные модели киберпреступлений в сфере цифровой экономики и финансов и разработать на их основе юридические алгоритмы обработки электронных документов и иной электронной информации для оперативного выявления в них признаков киберпреступлений, их своевременного раскрытия и надлежащего расследования.

1. Роль информатики в криминологических исследованиях киберпреступности в сфере цифровой экономики и финансов

Наибольший объем исследований надлежащей криминализации части формирующихся общественных процессов при переходе к информационному обществу и экономике знаний находится в сфере компетенции криминологии. Один из ведущих ученых-криминологов — В.В. Лунеев определил криминологию как «относительно самостоятельную, комплексную социально-правовую науку об изучении закономерностей и тенденций преступности, ее причин и условий, личности преступника и его преступного поведения, об изыскании адекватных методов их исследования и прогнозирования в целях разработки эффективных направлений социально-правового контроля преступных проявлений, их предупреждения и минимизации». При этом он оговаривал, что криминология является одним из направлений более общих наук о выживании и безопасности в общественно опасной среде[2] [Лунеев В.В., 2010: 27].

Отталкиваясь от данного положения, допустимо сделать выводы о том, что характер опасности общественной среды существенно изменился и продолжает быстро изменяться. Формируются новые критерии не только выживания, но и дальнейшего развития нашего государства и общества. При этом важно принимать во внимание особую опасность не только ряда внутренних факторов общественного развития, связанных с образованием новых видов зависимости большинства граждан от смартфонов, переключения личного общения на контакты в социальных сетях, но и других, внешних факторов,

В последние годы резко возрос поток дезинформации, фальшивых новостей и экстремистских материалов из внешних источников, осо-

[2] Лунеев В. В. Криминология / Большая Российская Энциклопедия. Т. 16. М., 2010. С. 27.

бенно после начала специальной военной операции. Негативное влияние на российскую экономику, финансовую систему и общественное развитие в целом оказывают и тысячи различных санкций, принятых руководством западных стран. Неблагоприятное сочетание перечисленных и множества иных внутренних и внешних факторов требует системы контрмер, среди которых важную роль призваны сыграть и науки уголовно-правового блока.

При их разработке важно учитывать, что в современной криминологии [Максимов С.В., 2018: 476] выделена ее Общая часть, раскрывающая важнейшие понятия, методы исследования преступности, начиная от ее причин и заканчивая прогнозированием как преступности в целом, так и индивидуального преступного поведения отдельных субъектов, и Особенная часть, раскрывающая особенности различных видов преступности, включая ее новые виды. В то же время изучение закономерностей и тенденций развития преступности «должно опираться на математику, юридическую и иную социально-экономическую статистику, теорию вероятностей и закон больших чисел значительного ряда показателей, что дает возможность перейти от случайного и единичного к устойчивому и массовому, и уже на этой основе вырабатывать адекватные меры борьбы с преступностью и ее предупреждения»[3] .

Правда, перечисляя различные виды преступности, он не отметил ее принципиально новых видов [Лапин В.О., 2022: 7], основанных на широком применении компьютеризованных устройств и самых современных информационных технологий [Абдулвалиев А.Ф., 2021: 10–44]. Но за 15 лет, прошедших с момента подготовки указанной публикации, количество таких преступлений увеличилось почти в 50 раз, а их доля возросла до 1/3 всех зарегистрированных преступлений. К тому же отмечается высочайший уровень латентности не только отдельных видов подобных преступлений в финансовой сфере [Опальский А.П., 2022: 3–10], но и киберпреступности в целом.

Во многом это объясняется тем, что существенная часть общественных отношений в настоящее время уже перешла в виртуальное информационное пространство компьютерных сетей, организованное по законам прикладной математики, кибернетики и информатики [Романовский М.Ю., 2020: 9–10]. При этом часть ученых и специалистов, непосредственно участвующая в создании научных основ формирования данного искусственно созданного пространства, его управления и развития, широко использует искусственные алгоритмические языки. Из отмеченных многими учеными теснейших связей языка и мышления че-

[3] Там же. С. 28.

ловека неизбежно следует ряд констатаций специфики принципиально новых общественных отношений и связанных с ними ментальных явлений, в том числе криминального характера.

Прежде всего обращают на себя внимание общественные процессы, связанные со всеобщей «цифровизацией», изменяющей условия жизни каждого гражданина страны. В рамках данных процессов происходит все более активное использование информационных технологий в промышленности, государственном управлении, образовании, здравоохранении и практически во всех других сферах жизни. Развиваются самые современные сферы телекоммуникаций, позволяющие создавать уже не только «умные дома», но и «умные города».

Соответственно, и преступность, связанная с данными новыми и весьма своеобразными сферами общественных отношений, приобретает качественно новый характер [Жданов Ю.Н., 2020: 16–18]. Вполне естественно, что многие стереотипы, ставшие давно привычными в сфере уголовно-правовых наук, не позволяют успешно применять возможности, имеющиеся в сфере прикладной математики, кибернетики и информатики, а также других естественных наук, для борьбы с киберпреступностью. Для преодоления данных стереотипов юристам необходимы естественнонаучные знания и профессиональные компетенции, на что внимание высшего руководства страны обратили ведущие ученые во время недавнего празднования 300-летнего юбилея Российской Академии наук.

2. Использование инструментария наук информационного блока в уголовном судопроизводстве по киберпреступлениям

2.1. Парадоксы, связанные с применением понятия «цифра» в условиях перехода к информационному обществу

Характерной особенностью современного этапа развития информационного общества является создание крупных программно-аппаратных комплексов различного назначения, получивших названия «платформ», сориентированных на решение задач государственного, отраслевого и иного уровней, вплоть до оказания широкого спектра услуг каждому российскому гражданину [Савенко Н.Е., 2023: 145]. Происходит разработка и внедрение сложнейших комплексов системного и прикладного программного обеспечения, для создания и внедрения которого уже создана новая государственная инфраструктура, нацеленная на системное применение информационных технологий во всех сферах

жизни и деятельности российского общества. Не должна остаться в стороне и сфера борьбы с киберпреступностью.

Основы кибернетики, позволяющей с помощью математических методов управлять потоками самой разнообразной информации, а затем и принципы, на которых должны создаваться современные компьютеры, позволяющие реализовать практически данные методы, были разработаны группой ученых и специалистов, возглавляемой Н. Винером и Дж. фон Нейманом. Компьютеры с фон-Неймановской архитектурой оказались востребованными не только 75 лет назад, но и в настоящее время[4]. Кроме взаимосвязанных электронных блоков — процессора, устройств памяти, ввода и вывода информации и некоторых других — их неотъемлемой частью стали компьютерные программы, как системные, управляющие функционированием каждого из его блоков и компьютером в целом, так и прикладные, предназначенные для выполнения задач пользователя. При этом изначально было специально оговорено, что программное обеспечение компьютера может изменяться и дополняться в процессе его использования.

В качестве одного из принципов работы компьютеров фон-Неймановской архитектуры стало использование двоичного кода для любой информации, создаваемой, обрабатываемой и хранящейся в памяти таких компьютеров. Но содержательные особенности создаваемой, преобразуемой и используемой информации формируется потоками чисел, а цифры 0 и 1 используются лишь для кодирования числовой информации, ввиду особенностей функционирования миллиардов электронных ячеек, используемых в этих компьютерах.

Таким образом, широко используемые понятия, связанные с процессами всеобщей цифровизации нашего общества — «цифровые технологии», «цифровые платформы», «цифровая экономика», «цифровые права»[5] и т.п., означают создание весьма сложных комплексов информационных технологий, управляющих разнообразными информационными системами с использованием системного и прикладного программного обеспечения.

Но цифр всего 10, от 0 до 9, а в двоичном коде их две — 0 и 1, и они используются для записи любых чисел, не только целых, во много миллионов и миллиардов, но и дробных, в ноль целых и пять сотых процента, рациональных, иррациональных и даже мнимых. Таким образом, цифры и их комбинации — лишь узаконенный правилами математики

[4] Журавлев Ю.И. Кибернетика / Большая Российская Энциклопедия. Т. 13. М., 2009. С. 629–630.

[5] Федеральный закон № 34-ФЗ от 18.03.2019 // СПС КонсультантПлюс.

способ кодирования чисел, несущих информацию о количественных характеристиках любого процесса или явления, включая сведения о киберпреступлениях.

В то же время распространившаяся в последнее время среди специалистов юридических наук уголовно-правового блока привычка отождествлять числа с цифрами создает высокий уровень рисков юридических ошибок. В частности, при проведении любых экономических и иных расчетов происходит накопление погрешностей, особенно при использовании дробных чисел. В неудачных математических моделях, используемых судебными экспертами, погрешности расчетов по величине могут быть вполне сопоставимыми с результатами расчетов. Следователи, прокуроры и судьи, не обладающие необходимым для обязательной проверки и оценки соответствующих доказательств профессиональными компетенциями, оказываются не в состоянии выявить математические ошибки, которые становятся юридическими, изменяющими судьбы людей [Романовский М.Ю., 2020: 9–10].

Это еще раз подтверждает правильность и своевременность предложений, сделанных ведущими учеными страны, о необходимости срочного введения курса математики и других естественных наук в программы подготовки и профессиональной переподготовки юристов.

2.2. Тенденции развития процессов цифровизации в сфере наук уголовно-правового блока

Весьма упрощенные понятия многих юристов о происходящих в обществе процессах цифровизации приводят не только к ряду проблем в правоприменении. Не менее важно обратить внимание и на процессы развития наук уголовно-правового блока, в том числе связанные с имплементацией в них инструментария, развитого в рамках наук информационного блока. Среди них необходимо выделить следующие группы проблем.

Прежде всего это проблемы технократического характера, проявляющихся в предложениях многих ученых не только о применении «цифровых» следов преступлений в качестве доказательств при расследовании соответствующих уголовных дел, но и о введении криминологического и уголовно-правового понятия «цифровые преступления».

Опросы показывают, что некоторые наши коллеги не задумываются над тем, что при нажатии на клавишу компьютера, к примеру, с буквой «а», направляют в память число 224, преобразованное с помощью определенной программы в группу электронных импульсов двух видов, последовательность которых определяется следующим чередованием условных нулей и единиц в двоично-восьмеричном коде: 11100000. При

нажиме клавиши с буквой «А» программа отправляет в память число 192 в виде другой последовательности электронных импульсов в двоично-восьмеричном коде: 11000000.

Соответствующие преобразования символов обычного «человеческого» языка — как с использованием латиницы, так и кириллицы на «компьютерный» язык осуществляется программным путем с помощью специально созданной универсальной системы кодов ASCII. Эти сигналы передаются между микросхемами компьютера и их элементами со скоростью в миллиарды импульсов в секунду, не оставляя в большинстве из них никаких следов.

Более того, даже при формировании потоков экономических данных числа, представленные в десятичной системе, не преобразуются в двоичную систему, а кодируются в системе компьютерных кодов ASCII. Цифра «0» в десятичной системе отнюдь не эквивалентна цифре «0» в двоичной системе, а кодируется числом 48 или двоично-восьмеричным числом 00110000. Цифра «1» в десятичной системе не соответствует цифре «1» в двоичной системе, а кодируется числом 49 или двоично-восьмеричным числом 00110001.

Даже из этих простейших примеров очевидно, что следы киберпреступлений в сфере цифровой экономики и финансов носят закодированный информационный характер. Для их выявления необходима разработка проблемно-ориентированных информационных моделей и алгоритмов, на основе которых возможно создание соответствующих компьютерных программ. В свою очередь, формирование доказательств по уголовному делу предполагает применение программного обеспечения в составе интерактивных информационных систем, позволяющих выполнять процедуры обработки информации, имеющей правовой статус, в диалоговом режиме.

Кроме того, в правоприменительной практике следователи, оперативные сотрудники, эксперты и специалисты активно используют самые разнообразные компьютерные программы, как отечественные, так и иностранные. В материалах уголовных дел даются ссылки на названия этих программ, а также на названия интернет-ресурсов, к которым применялись данные программы, в том числе с их адресами. Но во многих случаях оказывается, что описание моделей и алгоритмов, на основе которых были созданы эти программы, правоприменителям неизвестны. Фактически подобные доказательства оказываются полученными с помощью «черного ящика», а их надлежащая проверка и оценка в соответствии с установленными ст. 17, 87 и 88 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее–УПК РФ; УПК) требованиями становится невозможной.

Стремление наших коллег к широкому использованию современных информационных технологий и компьютерных программ различного вида вполне понятно. Однако из-за преобладания технократических подходов, имеющих весьма отдаленное отношение к наукам уголовно-правового блока, возникает высокий уровень рисков совершения юридических ошибок. О создании в рамках данных подходов системы уголовно-правовой защиты субъектов информационного общества говорить в принципе не приходится [Шмонин А.В., 2017: 73].

Таким образом, формирование системы уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов происходит в условиях «несимметричной» стыковки инструментария, развитого в науках уголовно-правового и информационного блоков. С одной стороны, детально разработанная в сфере уголовно-правовых наук система правоприменения дополняется недостаточно глубокими знаниями некоторых ученых-юристов о современной математике, кибернетике и информатике. С другой стороны, детально разработанная в науках информационного блока система обработки информации различного характера дополняется их весьма поверхностными знаниями об особенностях уголовного права, уголовного процесса, криминалистики, судебной экспертизы и оперативно-розыскной деятельности.

Для кардинального изменения ситуации необходима научная обоснованность подходов к надлежащей имплементации инструментария, созданного в рамках наук информационного блока, в систему наук уголовно-правового блока. При разработке соответствующих информационных моделей важно понимать особенности киберпреступности в сфере цифровой экономики и финансов. В свою очередь, на основе юридических алгоритмов процессуально регламентированных действий по обработке документированной информации, имеющей значение для расследуемого уголовного дела, могут быть не только созданы необходимые компьютерные программы, но и их подробное описание на языке, доступном всем участникам уголовного судопроизводства.

3. Особенности новых видов киберпреступности в системе цифровых прав и цифровых финансовых активов

В связи с обозначенными выше основными особенностями всеобщей цифровизации российского государства и общества необходимо подчеркнуть ряд важных особенностей введенного законодателем уже почти пять лет назад принципиально нового понятия цифровых прав. Оно было связано отнюдь не только с использованием самых разнообразных

информационных систем, включающих различные базы данных, системы управления базами данных с соответствующими программными средствами и иную информацию. Одновременно было указано на введение и нового правового понятия — «правил информационной системы», причем «установленных ее обладателем».

Цифровые права были отнесены законодателем к новой разновидности обязательственных прав, причем обязательства и права требования их субъектов формируются не только в рамках договора, оформленного надлежащим образом. Во многих случаях они могут возникать путем признания пользователем информационной системы ее правил «по умолчанию», т.е. «присоединения» к ним даже без ознакомления с их содержательными особенностями. При этом требования об обязательном соответствии таких правил нормам законодательства, а также о том, кто и в каком порядке осуществляет соответствующий контроль, в явном виде сформулированы не были.

Аналогичные правовые новеллы были использованы при введении понятия «цифровых финансовых активов»[6], под которыми понимаются цифровые права, выпуск, учет и обращение которых возможны только путем внесения записей в информационной системе на основе распределенного реестра. Таким образом, законодатель сделал следующий шаг в дальнейшей детализации содержательных особенностей понятия цифровых прав как новой разновидности обязательственных прав. Они могут быть объектом залога, сделок купли-продажи, обмена одного вида цифровых финансовых активов на другой (в том числе выпущенных по правилам иностранных информационных систем) или на цифровые права иных видов. При этом ни о каких цифрах речи нет.

Однако здесь было введено существенное дополнение характеристики данного правового понятия. Совершение перечисленных выше сделок с объектами российских цифровых прав допускается и по правилам иностранных информационных систем. Эту правовую новеллу можно было бы приветствовать в случае принятия международным сообществом универсальной системы правовой регламентации правил информационных систем, создаваемых их обладателями в любом государстве. Соответственно для разрешения гражданско-правовых споров в системе цифровых прав мог быть создан международный арбитраж с соответствующими правилами и процедурами, признанными всеми государствами–членами ООН [Жданов Ю.Н., 2020: 16–18]. Но пока такая система не создана, а опережение естественного развития глобальных событий в правовой сфере

[6] Федеральный закон «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 31.07. 2020 № 259-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

финансово-экономических отношений, если оно признано необходимым, должно быть надлежащим образом подготовленным.

Подобная ситуация сложилась и при введении цифрового рубля[7]. С одной стороны, законодателем были подробно описаны процедуры выполнения расчетов в цифровых рублях в рамках платформы цифрового рубля Банка России. Фактически цифровой рубль был определен как цифровой финансовый актив, выполняющий функцию электронного средства платежа. При этом создание электронного кошелька на платформе ЦБ РФ, его наполнение цифровыми рублями и операции с ними предусмотрены не только через интернет-приложение любого российского банка, подключенного к платформе Банка России, но и иностранного. Получая доступ к своему электронному кошельку через интернет-приложения нескольких банков, как отечественных, так и иностранных, его обладатель фактически получает возможность оперировать цифровыми рублями с территории иностранного государства.

Понятно, что это открывает новые возможности для субъектов цифровых прав по осуществлению взаиморасчетов в национальных валютах. С другой стороны, при этом вводится ряд правовых новелл на уровне нормативных правовых актов Банка России. Как будут разрешаться гражданско-правовые споры с обладателями российских цифровых рублей, которыми они оперировали с территории иностранных государства в рамках связи соответствующих российских и иностранных информационных систем, пока не определено.

Нельзя забывать об принятых два года назад западными странами санкциях, в результате которых были заморожены валютные резервы Банка России в размере около 300 млрд. долл. По различным оценкам, еще более крупные по размеру валютные средства западные банки заморозили у российских фирм и частных лиц. Более того, в настоящее время активно обсуждаются новые меры, нацеленные на конфискацию этих замороженных средств в их информационных системах, в том числе путем существенного изменения их правил.

С точки зрения рассматриваемых в настоящей статье проблем формирования надлежащей уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов следует сделать ряд акцентов на особенностях нестыковок правил информационных систем, образующих цепочку, которую приходится использовать субъекту цифровых прав. Кроме этого, важно обратить внимание и на особенности оригинального программного обеспечения, которое используется обладателями информационных систем. Необходимо учитывать и возможные несты-

[7] Федеральный закон от 24.07.2023 № 340-ФЗ // СПС КонсультантПлюс.

ковки сочетания используемого программного обеспечения и правил информационных систем на уровне их обладателей, а также нарушения действующего законодательства.

Изучение новых проблем уголовно-правового характера показывает, что исследование особенностей системы обязательственных прав нового вида должны фокусироваться не только на их соответствии требованиям действующего гражданского, финансового, информационного и иного специального законодательства. Необходима разработка научно обоснованных критериев для контроля за особенностями совокупностей правил тех информационных систем, которые используются при совершении киберпреступлений различного вида.

Первоочередное значение приобретают выверенные в правовом плане информационные технологии для «выстраивания» алгоритмов конкретных процедур преобразования электронной информации субъектов цифровых прав в цепочке использованных ими информационных систем. Это позволяет установить, в какой именно информационной системе произошло нарушение цифровых прав их субъекта, ставшего потерпевшим, а затем выявить особенности ее правил, а также роль обладателя данной информационной системы в возможном нарушении обязательственных прав потерпевшего.

Анализ особенностей правовых и информационно-технологических особенностей формирования юридических алгоритмов, характеризующих систему транзакций субъектов цифровых прав через определенные совокупности информационных систем показывает, что среди них можно выделить несколько групп, имеющих существенные различия.

К первой группе можно отнести систему алгоритмов, позволяющих сформировать развернутую уголовно-правовую характеристику преступлений данного вида. Ко второй — алгоритмы формирования предмета доказывания по соответствующим уголовным делам, а также установления пределов доказывания. К третьей — алгоритмы формирования криминалистических методик расследования преступлений в сфере цифровых прав на основе их криминалистической характеристики. К четвертой — алгоритмы обработки электронных документов и иной информации в рамках оперативно-розыскных мероприятий, позволяющих выявить признаки совершения преступлений данного вида. К пятой — алгоритмы информационно-методического обеспечения применения специальных знаний судебных экспертов и специалистов при расследовании уголовных дел о преступлениях данного вида.

Следует обратить внимание на то, что элементы каждой из перечисленных групп алгоритмов, а также система связей между ними имеют ряд существенных отличий. В то же время исследования показывают, что при их дальнейшей разработке могут быть использованы единые

подходы на основе важнейших принципов наук уголовно-правового блока. На основе иерархически выстроенной системы данных алгоритмов может быть создан пакет соответствующих компьютерных программ, обеспечивающих проблемно-ориентированную обработку электронной и иной информации в рамках соответствующих интерактивных информационных систем. При этом возникают новые возможности для контроля за сохранением правового статуса промежуточных и итоговых результатов обработки электронных документов и иной информации, имеющей значение для уголовного дела.

4. Формирование нового инструментария в системе наук уголовно-правового блока с учетом особенностей киберпреступности в сфере цифровой экономики и финансов

4.1. Особенности разработки и применения юридических алгоритмов выявления, раскрытия и расследования киберпреступлений

Одной из актуальных проблем уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики является все более широкое применение в системе обязательственных прав, в том числе для заключения «умных» или «смарт-» контрактов, технологии «блокчейн» [Тимошенко А.А., 2023: 21–23]. С ее использованием созданы также сотни различных видов и разновидностей криптовалют, а также система различных «криптобирж», в рамках которых производится обмен «криптовалют» на валюты соответствующих государств [Янковский Р.М., 2020: 43]. При этом законодательством России подобные биржи не предусмотрены, но владение, пользование и распоряжение криптовалютами не криминализовано. Однако они нередко используются при совершении преступлений различных видов, преимущественно связанных с дачей и получением взяток, оплатой наркотиков, исполнителей терактов и т.п.

Кроме перечисленных выше имеется и ряд иных пробелов и противоречий в сложившейся к настоящему времени системе уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики и финансов — как на уровне правотворчества, так и на уровне правоприменения. Достаточно упомянуть о дискуссиях о самом понятии «киберпреступления», что не позволяет создать научно обоснованную и выверенную с правовой точки зрения классификацию таких преступлений.

Главной особенностью подобных преступлений является проникновение криминала в те сферы жизни общества, где формируются, передаются,

изменяются и используются интенсивные потоки самой разнообразной информации. Напомним, что в одной из отраслей науки кибернетики — лингвистической кибернетики — были развиты средства общения человека с компьютером, в том числе на «естественном» языке, а также структурные модели обработки, анализа и оценивания информации.

В такой ситуации постановка и реализация криминологических исследований киберпреступности приобретает особенно большое значение. Ряд общих установок о широчайших возможностях, которые дают современной криминологии математика, кибернетика, информатика и другие науки, нуждается в конкретизации на базе осмысления важнейших тенденций развития информационного общества и особенностей новых криминальных проявлений.

Актуальность постановки соответствующих исследований и разработок существенно возрастает и из-за быстрого нарастания трудноразрешимых проблем правоприменения в данной сфере. Анализ содержательных особенностей уголовно-правовых норм по преступлениям в сфере экономики показывает, что среди них к рассматриваемым проблемам защиты субъектов цифровой экономики и финансов можно отнести лишь очень немногие, причем введенные в действие задолго до принятия законодательства о цифровых правах, цифровых финансовых активах, цифровом рубле и других правовых понятиях «цифрового» характера. К ним с долей условности можно отнести следующие.

Прежде всего это диспозиция ст. 158 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ; УК), в п. г ч. 3 которой использовано понятие «электронные денежные средства», ст. 159^3 УК «Мошенничество с использованием электронных средств платежа», в которой также использовано данное «электронное» понятие. В ст. 159^6 УК «Мошенничество в сфере компьютерной информации» указывается также на средства хранения, обработки или передачи компьютерной информации и информационно-телекоммуникационные сети.

Понятия «Интернет», «информационно-телекоммуникационные сети», «интерактивные ставки» использованы законодателем в диспозиции ст. 171^2 УК «Незаконные организация и проведение азартных игр». Такая имплементация понятий из сферы наук информационного блока в уголовное право, с одной стороны, оправдана, поскольку позволяет в рамках правоприменения использовать сложившуюся систему понятий в данной сфере общественных отношений. С другой стороны, встают вопросы о раскрытии уголовно-правового смысла данных понятий. Это особенно важно, когда законодатель использует некоторые из них для раскрытия содержания других новых понятий, используя метод исключения. Ряд подобных понятий — «электронные средства массовой

информации», «Интернет», «информационно-телекоммуникационные сети» — использован законодателем и в диспозиции ст. 185[3] УК «Манипулирование рынком».

В ст. 187 УК «Неправомерный оборот средств платежей», кроме перечисленных выше, использованы также понятия «электронные средства», «электронные носители информации», «технические устройства», «компьютерные программы», предназначенные для неправомерного осуществления приема, выдачи, перевода денежных средств.

Таким образом, в ряде уголовно-правовых норм по преступлениям в сфере экономики использованы понятия, относящиеся к сфере информатики, в том числе в сочетании с экономическими и уголовно-правовыми понятиями. В ряде других уголовно-правовых норм по преступлениям рассматриваемого вида некоторые из подобных понятий использованы в «неявном виде». Речь идет о статьях, в которых указано о действиях граждан, связанных с получением денежных сумм, либо осуществлением платежей различного вида и назначения, поскольку они осуществляются через информационные системы российских и иностранных банков. Но «цифровых» понятий законодатель и в них не использовал.

Многие уголовно-правовые нормы в той или иной мере связаны с различными реестрами, предназначенными для государственной регистрации определенных видов прав и объектов движимого и недвижимого имущества, которые фактически являются информационными системами с проблемно-ориентированными базами данных и системами управления ими.

В рамках юридических алгоритмов, сформированных для раскрытия бланкетных, отсылочных и смешанных диспозиций уголовно-правовых норм по преступлениям в сфере цифровых прав, назрела необходимость использования не только уголовного, гражданского и специального законодательства, но и результаты анализа правил, использованных преступниками информационных систем. При этом в подобных правилах, созданных обладателями данных информационных систем, могут быть использованы самые разнообразные узкопрофессиональные термины, требующие раскрытия с применением знаний судебных экспертов и других специалистов в данной сфере.

4.2. Особенности информационных моделей киберпреступлений в сфере цифровой экономики и финансов

Перечисленные выше уголовно-правовые понятия в той или иной степени связаны с понятием «компьютер», преимущественно, в качестве

способа совершения киберпреступлений в сфере экономики. Нередко при этом выявляются «сопутствующие» преступления, образующие с «основным» совокупность. Их субъектами могут использоваться различные формы соучастия в таких преступлениях, например, при финансировании экстремистской и террористической деятельности [Бычков В.В., 2022: 166].

Обращение к уголовно-правовым нормам Главы 28 УК «Преступления в сфере компьютерной информации» показывает, что в четырех ее статьях (ст. 272–274[1]) использованы следующие понятия: «компьютерная информация», «охраняемая законом компьютерная информация», а также такие уголовно наказуемые деяния, как «блокирование, модификация либо копирование компьютерной информации». Кроме того, дано определение: «под компьютерной информацией понимаются сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи». Здесь также какие-либо цифровые понятия законодателем не использованы.

Более того, введено такое понятие, как «вредоносная компьютерная программа», которое было связано с предыдущим понятием «компьютерная информация». Раскрывая особенности данного понятия, законодатель указал, что «вредоносность» данных программ связана с тем, что они «заведомо предназначены для несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации». Кроме этого, введено уголовно-правовое понятие «нейтрализация средств защиты компьютерной информации». Законодатель вводит ряд новых понятий, связанных с криминальным нарушением «правил эксплуатации» не только средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации, но и «информационно-телекоммуникационных сетей». Это также «оконечное оборудование» и «правила доступа» к информационно-телекоммуникационным сетям.

Новизной с точки зрения российского уголовного права отличаются и понятия «критическая информационная инфраструктура Российской Федерации», а также «неправомерное воздействие» на нее. Эти понятия дополнены понятиями «охраняемая компьютерная информация, содержащаяся в критической информационной инфраструктуре Российской Федерации», «правила эксплуатации средств хранения, обработки или передачи охраняемой компьютерной информации, содержащейся в критической информационной инфраструктуре Российской Федерации», «информационные системы», «автоматизированные системы управления», «сети электросвязи», относящихся к критической информационной инфраструктуре Российской Федерации, «правила доступа к информации, информационным системам, информационно-телеком-

муникационным сетям, автоматизированным системам управления, сетям электросвязи».

С использованием данных понятий открывается ряд возможностей не только для выявления определенных видов совокупностей преступлений в сферах экономики и компьютерной информации, но и при раскрытии особенностей бланкетных, отсылочных и смешанных диспозиций уголовно-правовых норм по преступлениям в сфере экономики [Бычков В.В., 2022: 166]. Применение для этого различных положений уголовного, гражданского и специального законодательства требует разработки специальных средств контроля, чтобы не допустить выхода сформированной таким образом развернутой уголовно-правовой характеристики за рамки уголовного права и не допустить юридических ошибок.

Несколько иной точки зрения придерживался Л.Д. Гаухман, предлагая использовать для раскрытия бланкетных диспозиций только уголовно-правовые нормы. Что касается положений гражданского и специального законодательства, то он предлагал подготовить закрытый перечень таких положений и использовать его в качестве официального приложения к Уголовному кодексу [Гаухман Л.Д., 2013: 111–116].

Однозначного решения данной проблемы до сих пор не найдено, поэтому вероятность юридических ошибок следователей при формировании развернутых уголовно-правовых характеристик преступлений в сфере цифровой экономики остается весьма высокой. Ввиду необходимости использования при раскрытии бланкетных диспозиций по преступлениям в сфере цифровой экономики правовых актов нового вида — правил информационных систем, созданных их обладателями, в том числе иностранными, — эти риски нередко вырастают до недопустимых уровней.

Исследования с применением инструментария не только уголовно-правового, но и информационного блока показали, что при формировании некоторых уголовно-правовых норм о финансовых преступлениях в сфере цифровых прав, связанных с цифровыми финансовыми активами, эмиссионными ценными бумагами, выпускаемыми только в виде электронных документов и обращаемыми только с использованием определенной совокупности информационных систем профессиональных участников фондового рынка, законодатель уже начал использовать математические модели вероятностного характера. При раскрытии их бланкетных диспозиций встает ряд проблем с идентификацией признаков объекта и предмета преступления, а также его объективной стороны.

С точки зрения математики процесс правотворчества имеет сходство с функцией многих переменных либо формированием интегрального

преобразования[8]. В результате такой «юридической свертки» многочисленных положений законодательства, имеющих отношение к определенному виду преступления в сфере цифровой экономики, получается лаконичная формулировка бланкетной, отсылочной или смешанной диспозиции соответствующей уголовно-правовой нормы.

Попытка юриста-правоприменителя раскрыть такую диспозицию и сформировать развернутую уголовно-правовую характеристику конкретного преступления в рамках правового поля, в котором, по мнению правотворцев, действуют законопослушные субъекты цифровых прав, представляет собой «обратную юридическую задачу». Решение таких задач оказывается намного сложнее, чем решение «прямых» задач криминологами, и очень часто приводит к неточным и ошибочным результатам.

Более детальный анализ особенностей подобной «юридической свертки», характеризующей преступные проявления в системе цифровых прав, приводит к аналогиям с формированием интегральных уравнений различного рода[9]. Из-за ряда неопределенностей в левой и правой частях «юридического интегрального уравнения», оно имеет бесконечное множество решений, что приводит к высокому уровню рисков совершения юридических ошибок при попытках адаптировать уголовно-правовые нормы к системе цифровых прав.

Результаты исследований, нацеленных на конкретизацию содержательных особенностей данных проблем и нахождение путей их скорейшего решения, показали, что с помощью нынешнего инструментария в системе юридических наук уголовно-правового блока в ближайшее время это вряд ли возможно. На научных конференциях по компьютерной и информационной безопасности, проводившихся в последние годы, большинство докладов было посвящено различным аспектам применения именно технических и программных средств. Проблемы уголовно-правового обеспечения защиты прав и законных интересов субъектов цифровых прав различного вида и уровня практически не затрагивались.

Ситуация носит не только субъективный, но и объективный характер. В первую очередь речь идет о разработке новых подходов к криминализации таких общественных процессов, которые развиваются в искусственно созданном информационном пространстве компьютерных сетей, но проявляются в материальном мире, нанося существенный ущерб гражданам, организациям, государству и обществу в целом.

---

[8] Брычков Ю. А. Интегральное преобразование / Большая Российская Энциклопедия. Т. 11. М., 2008. С. 425–426.

[9] Хведелидзе Б. В. Интегральное уравнение. Там же. С. 426–427.

Изучение взаимопроникновения общественных отношений в искусственно созданном информационном пространстве и материальном мире показывает, что важную роль в их формализации для создания надлежащей уголовно-правовой защиты субъектов цифровых прав может сыграть разработка соответствующих информационно-математических моделей. В качестве одного из критериев их адекватности могут использоваться результаты сопоставления математических расчетов с реалиями правоприменительной практики.

4.3. Особенности разработки информационных моделей и методов компьютерного моделирования преступной деятельности в сфере цифровой экономики и финансов

Форсирование криминологических исследований новых видов преступных проявлений приходится осуществлять в многофакторных условиях перехода к информационному обществу и экономике знаний. В качестве одного из направлений методического обеспечения, нацеленного на их выявление, формализацию и надлежащую криминализацию, может быть использовано компьютерное моделирование [Лузгин И.М., 1981: 7]. В его основе заложен ряд математических моделей, позволяющих дополнить процесс криминологических исследований в сфере цифровой экономики и финансов прямым математическим моделированием деятельности законопослушных субъектов цифровых прав, а также результатами математического моделирования преступлений данного вида, по которым вынесены приговоры суда. Такое моделирование может проводиться в рамках нескольких взаимосвязанных и взаимодополняющих этапов. При этом на каждом из них первостепенное внимание должно обращаться на полное соблюдение требований используемых положений законодательства, в том числе с учетом их взаимных связей.

На первом этапе производится формализация характеристик правового поля, в рамках которого и проявляются особенности взаимодействия законопослушных субъектов цифровых прав. При этом выделяются особенности прав и обязанностей как обладателей информационных систем, так и потребителей оказываемых ими услуг. Поскольку речь идет об использовании для такого моделирования определенных совокупностей положений действующего гражданского и специального законодательства, то при выявлении правовых пробелов они могут быть заполнены по результатам анализа обычаев делового оборота, сложившихся в данной сфере.

В результате выполнения данного этапа создается возможность формирования системы «информационных эталонов», характеризующих

деятельность законопослушных субъектов в сферах цифровой экономики. При возникновении неопределенностей в некоторых из информационных эталонов или нескольких их вариантов из-за нестыковок положений различных видов законодательства (прежде всего на уровне подзаконных нормативных актов) они могут устраняться различными способами, в том числе с использованием эмпирических данных.

Предварительные оценки показывают, что количество подобных информационных эталонов может измеряться десятками тысяч. Для упрощения их применения на следующих этапах моделирования преступных проявлений в сфере цифровой экономики на первом этапе моделирования может быть сформировано несколько тематических слоев соответствующего правового поля. При использовании подобного «многослойного» моделирования появляются новые возможностей для снижения отмеченных неопределенностей путем «межслойного оверлея» — сопоставления особенностей различных групп информационных эталонов с подобными характеристиками субъектно-субъектных и субъектно-объектных отношений в сфере цифровых прав.

На втором этапе компьютерного моделирования могут быть сформированы специальные слои информационных эталонов другого типа. Они призваны создавать ориентиры надлежащего формирования правил, которые устанавливаются обладателями информационных систем различного вида в полном соответствии с требованиями законодательства. Это создает возможности после выявления отклонения правил какой-либо информационной системы от эталонов данного слоя выполнить их развернутое сопоставление с положениями законодательства, регламентирующими данные виды деятельности, отраженными в соответствующих эталонах слоев, сформированных на первом этапе моделирования.

При анализе теоретических вариантов моделирования отклонений от «эталонной» деятельности законопослушных субъектов цифровых прав и раскрытии особенностей наиболее характерных нарушений требований действующего законодательства на третьем этапе компьютерного моделирования нельзя забывать о ключевых положениях уголовного права. Далеко не каждое нарушение требований законодательства субъектами цифровых прав имеет все признаки состава преступления. Прежде всего речь идет об идентификации признаков субъективной стороны преступления –умысла, характера поставленных целей и формы вины.

Исследования позволяют обратить внимание на следующие особенности формализации описанных выше основных этапов подобного компьютерного моделирования. Прежде всего в качестве базовых исходных

данных должны быть заложены важнейшие положения, использованные законодателем при формировании понятия «преступление» в ст. 14 УК, а также положения Общей части УК, детализирующие характеристики всех его признаков. При этом в качестве «информационных эталонов» может использоваться система обязательных и факультативных признаков составов наиболее типичных преступлений в сфере цифровых прав.

Чтобы обеспечить «технологичность» уголовно-правовой характеристики преступлений рассматриваемого вида в плане расследования соответствующих уголовных дел, в качестве второго основополагающего понятия при формировании системы исходных данных для четвертого этапа компьютерного моделирования преступных проявлений в сфере цифровых прав должна быть использована совокупность признаков понятия «доказательство».

Несмотря на признание многими учеными неразрывных связей уголовного и уголовно-процессуального права, создающих единый правовой фундамент уголовного судопроизводства, на практике они носят в значительной мере формальный характер. В частности, при формировании диспозиций многих уголовно-правовых норм по преступлениям в сфере цифровой экономики должного внимания особенностям их правоприменения с точки зрения положений уголовно-процессуального права не уделялось.

Многие специалисты в качестве причин сложившейся ситуации называли не только существенные различия основных принципов уголовного и уголовно-процессуального права, но и высокую трудность реализации подобных комплексных подходов. Но при надлежащей организации компьютерного моделирования создаются принципиально новые возможности сопряжения положений уголовного и уголовно-процессуального законодательства применительно к преступлениям в сфере цифровой экономики и финансов.

На уровне компьютерного моделирования возможных преступных проявлений рассматриваемого вида выделяется несколько возможных вариантов, имеющих различное содержание. Их условно можно обозначить как «эмпирические», «теоретические» и «комбинированные».

Первый вариант сориентирован на практический опыт выявления, раскрытия и расследования преступлений данного вида. Предварительный анализ показывает, что наибольшее количество соответствующих уголовных дел характерно для мошенничества с использованием электронных средств платежа (ст. 159^3 УК), наименьшее — для манипулирования рынком (ст. 185^3 УК).

При формализации всей совокупности сведений, содержащихся в данных уголовных делах, удастся выделить и систематизировать ха-

рактеристики признаков объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны составов преступлений различного вида в сфере цифровых прав. Это позволит после сопоставления их особенностей с содержанием диспозиций соответствующих уголовно-правовых норм установить подходы к раскрытию бланкетных, отсылочных и смешанных диспозиций, которые использовались следователями, прокурорами и судами. По результатам их анализа создадутся возможности сформулировать рекомендации для отбора наиболее адекватных правоприменительной практике вариантов компьютерного моделирования преступлений данного вида.

Эти рекомендации в первую очередь предназначены для уточнения разработанных моделей и алгоритмов компьютерного моделирования преступлений различного вида в сфере цифровых прав. Но на их основе можно готовить и методические рекомендации для расследования уголовных дел о преступлениях в сфере цифровых прав, включая формирование криминалистических методик.

Теоретические варианты предполагают прежде всего многослойную формализацию правового поля. Что касается комбинированных вариантов, то они нацелены на объединение информационных возможностей «эмпирических» и «теоретических» вариантов. Они позволяют повысить эффективность такого моделирования с использованием «многослойной» характеристики существующего правового поля, исключив на основе эмпирической информации варианты смоделированных составов преступлений в сфере цифровых прав, которые выходят за рамки важнейших принципов российского уголовного права.

Заключение

На основе описанных выше юридических алгоритмов возможно в ближайшее время подготовить и отладить пакеты прикладных программ, предназначенных для информационного обеспечения деятельности не только ученых, разрабатывающих проблемы уголовно-правовой защиты субъектов цифровых прав. Они могут использоваться следователями, оперативными сотрудниками, судебными экспертами и специалистами, прокурорами и судьями. Их специфической особенностью является адаптация к применению в интерактивном режиме, который позволяет обеспечить принятие процессуально значимых решений только уполномоченным на это юристом. При этом с помощью проблемно-ориентированного программного обеспечения и баз данных данное лицо получает необходимую информацию в диалоговом режиме с компьютером.

При использовании многих видов компьютерных программ зарубежных производителей правоприменителям приходится действовать если не вслепую, то с элементами игры «веришь– не веришь». Ведь полное описание системы алгоритмов, на основе которых написаны тексты таких программ, фирмы не раскрывают. Поэтому нередко оказывается, что в основу «фирменных» компьютерных программ заложены положения англо-саксонской правовой семьи общего права, имеющие мало общего с российской правовой системой.

Подобные проблемы системного характера зачастую выявляются поздно, когда уголовное дело разваливается при его рассмотрении прокурором или судом. Они нередко провоцируют и трудно выявляемые и трудно исправимые судебные ошибки. Изменить ситуацию даже при использовании подобного программного обеспечения, созданного российскими компьютерными фирмами, крайне трудно.

В то же время детальная разработка иерархических систем юридических алгоритмов позволяет создать их подробное описание, доступное для всех участников уголовного судопроизводства. Это обеспечивает необходимую прозрачность создаваемого на их основе программного обеспечения. Таким образом, сведения, которые могут быть получены с помощью данных компьютерных программ, могут быть проверены надлежащим образом, как и сформированные на их основе доказательства по соответствующим уголовным делам.

Анализ возможностей реализации описанного комплекса исследований и разработок в сфере уголовно-правовой защиты субъектов цифровой экономики показывает необходимость серьезных организационных усилий, материального и кадрового обеспечения. Аналогичный вывод можно сделать и в отношении разработок, нацеленных на создание необходимого комплекса прикладного программного обеспечения.

Список источников

1. Абдулвадиев А.Ф. и др. Преступления, совершаемые с использованием информационных технологий: проблемы квалификации и особенности расследования. Тюмень: Издательство Тюменского государственного университета, 2021. 376 с.

2. Бычков В.В. Концептуальная, стратегическая и доктринальная основа законодательного противодействия России преступлениям экстремистской направленности, совершенным с использованием ИКТ // Ius Publicum et Privatum. 2022. № 1. С. 166–173.

3. Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М.: ЮрИнфоР, 2013. 543 с.

4. Головко Л.В. (ред.) Курс уголовного процесса. М.: Статут, 2016, 657 с.

5. Ефимова Л.Г. Источники правового регулирования общественных отношений в киберпространстве // Lex Russica. 2020. № 3. С. 114–120.

6. Жданов Ю.Н., Овчинский В.С. Киберполиция XXI века. Международный опыт. М.: Международные отношения, 2020. 288 с.

7. Лапин В.О. Научные основы расследования преступлений в сфере предпринимательской деятельности. М.: Юрлитинформ, 2022. 360 с.

8. Лузгин И.М. Моделирование при расследовании преступлений. М.: Юрид. лит., 1981. 152 с.

9. Максимов С.В. и др. Цифровая криминология как инструмент борьбы с организованной преступностью // Всероссийский криминологический журнал. 2018. № 4. С. 476–483.

10. Опальский А.П. (ред.) Уроки правоприменительной практики борьбы с манипулированием рынком. Научно-практическое пособие. М.: Альпен-Принт, 2022. 100 с.

11. Романовский М.Ю., Романовский Ю.М. Математические начала эконофизики. М: Институт компьютерных исследований, 2020. 360 с.

12. Савенко Н.Е. Legaltech в цифровой экономике и правовом регулировании экономической деятельности граждан // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Том 16. № 1. С. 145–171.

13. Талапина Э.В. Обработка данных при помощи искусственного интеллекта и риски дискриминации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 1. С. 4–27.

14. Тимошенко А.А., Фейзов В.Р., Чернов И.В. Сценарный подход к исследованию направлений регулирования сферы криптовалют в Российской Федерации // Российский журнал правовых исследований. 2023. № 2. С. 21–30.

15.Шмонин А.В. Некоторые тенденции развития криминалистических алгоритмов принятия решений в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 4. С. 73–77.

16. Янковский Р.М. Криптовалюты в российском праве: суррогаты, «иное имущество» и цифровые деньги // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 4. С. 43–77.

References

1. Abdulvaliev A.F. et al. (2021) Crimes using information technology: qualification and features of investigation. Tyumen: University Press, 376 p. (in Russ.)

2. Bychkov V.V. (2022) Conceptual, strategic and doctrinal basis of legislative counteraction in Russia to extremist criminals using information and telecommunication networks. *Zhurnal chastnogo i publichnogo prava*=Ius Publicum et Privatum, no. 1, pp. 166–173 (in Russ.)

3. Efimova L.G. (2020) Sources of legal regulation of public relations in cyberspace. *Lex Russica*, no. 3, pp. 114–120 (in Russ.)

4. Gaukhman L.D. (2013) *Qualification of crimes: law, theory, practice.* Moscow: Yurinfor, 543 p. (in Russ.)

5. Golovko L.V. et al. (2016) The course of criminal procedure. Moscow: Statut, 657 p. (in Russ.)

6. Lapin V.O. (2022) Theoretical basics of investigation in the field of entrepreneurial activity. Moscow: Yurlitinform, 360 p. (in Russ.)

7. Luzgin I.M. (1981) *Modeling investigation of crimes.* Moscow: Juridicheskaya literatura, 152 p. (in Russ.)

8. Maksimov S.V. et al. (2018) Digital criminology as a tool for combating organized crime. *Rossiyskiy kriminologicheskiy zhurnal*=Russian Journal of Criminology, no. 4, pp. 476–483 (in Russ.)

9. Opalsky A.P. et al. (2022) Lessons from the combating market manipulation: a manual. Moscow: Alpen-Print, 100 p. (in Russ.)

10. Romanovsky M.Yu., Romanovsky Yu. M. (2020) Mathematical principles of economophysics: a manual. Moscow: Institute of Computer Research, 360 p. (in Russ.)

11. Savenko N.E. (2023) Legaltech in the digital economy and legal regulation of economic activity of citizens. *Pravo*. *Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 16, no. 1, pp. 145–171 (in Russ.)

12. Shmonin A.V. (2017) Trends in forensic decision-making algorithms in criminal proceedings.*Trudy akademii upravlenia MVD*=Works of the Academy of Management of Internal Ministry, no. 4, pp. 73–77 (in Russ.)

13. Talalina E.V. (2022) Data processing using artificial intelligence and the risks of discrimination. *Pravo*. *Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 15, no. 1, pp. 4–27 (in Russ.)

14. Timoshenko A.A., Feyzov V.R., Chernov I.V. (2023) Scenario approach to the study of regulation in the field of cryptocurrencies in Russia. *Rossiyskiy zhurnal pravovykh issledovaniy*=Russian Journal of Legal Studies, no. 2, pp. 21–30 (in Russ.)

15. Yankovsky R.M. (2020) Cryptocurrencies in Russian Law: Surrogates, “other property” and digital money. *Pravo*. *Journal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 14, no. 4, pp. 43–77 (in Russ.)

16. Zhdanov Yu.N., Ovchinsky V.S. (2020) *Cyberpolice of the 21th century: international experience.* Moscow: Mezhdunarodnye otnoshenia, 288 p. (in Russ.)

Информация об авторах:

С.В.Расторопов — доктор юридических наук, профессор.

В.А. Прорвич — доктор юридических наук, доктор технических наук, профессор-исследователь.

Information about the authors:

S.V. Rastoropov — Doctor of Sciences (Law), Professor.

V.A. Prorvich — Doctor of Sciences (Law), Doctor of Sciences (Technology), Professor-Researcher.

Статья поступила в редакцию 09.04.2024; одобрена после рецензирования 30.04.2024; принята к публикации 03.05.2024.

The article was submitted to editorial office 09.04.2024; approved after reviewing 30.04.2024; accepted for publication 03.05.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol.17, no 2.

Научная статья
УДК: 343.271
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.170.194

Судебный штраф: проблема легитимизации по целям, основанию и порядку прекращения уголовного дела

Татьяна Владимировна Кленова[1], Валентина Александровна Лазарева[2]

[1,2] Самарский национальный исследовательский университет имени С.П. Королева, Россия 443086, Самара, Московское шоссе, 34.

[1] klenova_tatiana@mail.ru, https://orcid.org/0009-0008-9810-8234

[2] v.a.lazareva@mail.ru, https://orcid.org/0000-0003-2725-9517

Аннотация

Прошедшего с момента введения в уголовное и уголовно-процессуальное право России нового института судебного штрафа времени достаточно, чтобы понять и проанализировать достоинства и недостатки этого института, практику его применения, теоретические подходы. В статье отмечается незавершенность формирования института судебного штрафа, необоснованность его структурного совмещения в уголовном законе с институтами освобождения от уголовной ответственности и иных мер уголовно-правового характера, официальная неясность его целей и оснований, а также нелогичность правовой регламентации порядка прекращения уголовного дела и уголовного преследования и размытость пределов императивности соответствующих предписаний. Судебная практика более или менее разрешила спорные позиции, выровняла некоторые перекосы, обусловленные недостатками правового регулирования, однако множество аспектов остается в дискуссионной зоне. Требуется правовая определенность судебного штрафа и его согласование с другими понятиями уголовного и уголовно-процессуального права, в первую очередь с исходными дефинициями преступления, уголовной ответственности и освобождения от уголовной ответственности, а также с нормами о прекращении уголовного дела и уголовного преследования в ходе уголовного судопроизводства. В настоящее время применяется местами нелогичный и противоречивый механизм прекращения уголовного дела и/или уголовного преследования. Комплексный характер предмета настоящего исследования определил стремление авторов к поиску приемлемых для уголовного и уголов-

Кленова Т.В., Лазарева В.А., 2024

но-процессуального права средств преодоления выявленных проблем и противоречий в качестве общей цели исследования. В статье сформированы выводы о недостаточной обоснованности федерального закона от 3.07.2016 № 323-ФЗ, ущербности практики создания без социального запроса и логики новых видов дифференцированного уголовного судопроизводства (глава 51[1] Уголовно-процессуального кодекса России), необходимости развития института судебного штрафа под углом различий его целей и основания и целей и основания освобождения от уголовной ответственности, с согласованием с основными положениями Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов.

Ключевые слова

судебный штраф; меры уголовно-правового характера; уголовная ответственность; уголовное наказание; освобождение от уголовной ответственности; прекращение уголовного дела; прекращение уголовного преследования.

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

Для цитирования: Кленова Т.В., Лазарева В.А. Судебный штраф: проблема легитимизации по целям, основанию и порядку прекращения уголовного дела // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 170–194. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.170.194

Research article

Judicial Fine: Issue of Legitimization according to Goals, Grounds and Procedure for Termination of a Criminal Case

Tatiana V. Klenova[1], Valentina A. Lazareva[2]

[1, 2] Samara National Research University, 34 Moskovskoye Shosse, Samara 443086, Russian Federation,

[1] klenova_tatiana@mail.ru

[2] v.a.lazareva@mail.ru

Abstract

The time has passed since the introduction of the new institution of judicial fine into the criminal and criminal procedure law of Russia is enough to understand and analyze the advantages and disadvantages of this institution, the practice of its application, and theoretical approaches. The article notes the incompleteness of the formation of the institution of a judicial fine, the unreasonableness of its structural combination in the criminal law with the institutions of exemption from criminal liability and other measures of a criminal nature, the official ambiguity of its goals and grounds, as well as the illogicality of the legal regulation of the procedure for termination of a criminal case and criminal prosecution and the blurring of the limits of the imperative of the relevant

prescriptions. Judicial practice has more or less resolved controversial positions, leveled some distortions of law enforcement caused by shortcomings in legal regulation, but many issues still remain in the discussion area. The legal certainty of a judicial fine and its agreement with other concepts of criminal and criminal procedure law are required, primarily with the initial definitions of a crime, liability and exemption from it, as well as with the norms on the termination of a criminal case and prosecution during criminal proceedings. Currently a complicated, sometimes illogical and contradictory mechanism is being used to terminate a criminal case and/or prosecution. The complicated nature of the subject of this study has led to the desire to find acceptable means for criminal and criminal procedure law to overcome the identified issues and contradictions as a common goal of the study. Its achievement is conditioned by the use of methods of system-structural and comparative analysis of legal norms, statistical data and law enforcement acts. As a result of the study, conclusions were formed about the insufficient validity of the Federal Law No. 323-FZ of July 3, 2016, the flawed practice of creating new types of differentiated criminal proceedings without social request (Chapter 51^1 of the Russian Code of Criminal Procedure), the need to develop the institution of a judicial fine, taking into account the differences in its goals and grounds and goals and grounds for exemption from criminal liability, in accordance with the basic provisions of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure.

Keywords

judicial fine; criminal case; prosecution; liability; punishment; exemption from liability; termination.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Klenova T. V., Lazareva V. A. (2024) Judicial Fine: Issue of Legitimization according to the Goals, Grounds and Procedure for Termination of a Criminal Case. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 2, pp. 170–194 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.170.194

Введение

Прошло более семи лет с момента появления в российском уголовном и уголовно-процессуальном праве нового межотраслевого института судебного штрафа. Соответствующая глава 15^2 «Судебный штраф» размещена в разделе VI «Иные меры уголовно-правового характера» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ; УК), в то время как впервые данное понятие употребляется в другой структурной части УК, относящейся к институту освобождения от уголовной ответственности — ст. 76^2 «Освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа», глава 11 «Освобождение от уголовной ответственности» (ред. федерального закона от 03.07.2016 № 323-ФЗ). В Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — УПК РФ; УПК) в раздел XVI «Особенности производства по отдельным

категориям уголовных дел» введена глава 51[1] «Производство о назначении меры уголовно-правового характера при освобождении от уголовной ответственности», специально посвященная судебному штрафу, а впервые о судебном штрафе в данном Кодексе сказано в главе 4 «Основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования» в ст. 25[1] «Прекращение уголовного дела или уголовного преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа» (ред. упомянутого выше закона № 323-ФЗ).

В то же время в целях регламентации судебного штрафа не был использован Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации. Порядок исполнения этой меры уголовно-правового характера закреплен в Федеральном законе от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» в ст. 103[1] «Исполнение судебного штрафа, назначенного в качестве меры уголовно-правового характера» (введена Законом № 323-ФЗ). Казалось бы, это значит, что исполнение судебного штрафа выведено за рамки не только уголовно-исполнительных, но и уголовно-правовых и уголовно-процессуальных отношений. Однако при неуплате лицом судебного штрафа предусмотрена отмена соответствующего решения, влекущая дальнейшее производство по уголовному делу в общем порядке (ч. 2 ст. 104[2] УК, ст. 446[5] УПК), хотя в ст. 76[2] УК вопрос решен по-другому: освобождение от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа регламентировано по типу безусловного и окончательного, т.е. вне зависимости от каких-либо требований, которые могут быть предъявлены лицу после освобождения. Одного этого достаточно для сомнений в продуманности рассматриваемого межотраслевого института. Впрочем, сказанным противоречивость нововведения не исчерпывается.

Семь лет — надлежащий срок оценки нового правового института и прогнозирования его развития, тем более что он сразу стал востребованным. Количество лиц, освобожденных от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа, с одной стороны, велико, с другой — существенно изменяется, и это в условиях стабильности применяемых норм. Уже в феврале 2021 г. участники совещания судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов обратили внимание на динамику статистических данных, увеличившихся с 5,7 тыс. в 2016 г. до 62 тыс. в 2020 г.[1]. В последующие годы количество лиц, освобожденных подобным образом, сократилось: в 2021 г. — 36,685 лиц, в 2022 г. — 20,310 лиц, в первом полугодии 2023 г. — 7,139 лиц[2].

---

[1] Available at: URL: http://www.supcourt.ru/files/29654/ (дата обращения: 01.04.2024)

[2] Available at: URL: http://www.cdep.ru/?id=79 (дата обращения: 01.04.2024)

Судебная практика по данному направлению уже подверглась централизованному корректированию посредством судебных позиций — в Обзоре судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа (ст. 76[2] УК РФ)[3]. Утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 10.07.2019 Обзор дал ответ на многие вставшие в правоприменительной практике вопросы, например, о возможности освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа и в тех случаях, когда обязательным признаком объективной стороны не является причинение ущерба или иного вреда; о том, что возможные способы возмещения ущерба и заглаживания причиненного преступлением вреда законом не ограничены; о том, что согласие потерпевшего не является обязательным условием такого освобождения.

Тем не менее судебные позиции, как и нормативные, а также статистические данные о судебном штрафе, по-прежнему активно обсуждаются. Обращают внимание на разброс подходов судей и других правоприменителей к установлению видов преступлений, при совершении которых возможно применение судебного штрафа, на отсутствие законодательных ориентиров конкретизации способов возмещения ущерба и заглаживания причиненного преступлением вреда, которые необходимы для освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа, на пробелы в регулировании и другие недостатки регламентации уголовно-правовых и процессуальных особенностей назначения судебного штрафа.

Этому, на наш взгляд, есть следующее объяснение. До сих пор не произошла легитимизация нового вида штрафа по целям и основанию. Решение многих значимых вопросов судебного штрафа оставлено на усмотрение правоприменителей, что в условиях недостаточно ясной правовой регламентации не способствует формированию общих подходов. Кроме того, вторжение в механизм уголовно-правового и уголовно-процессуального регулирования допускает изменение точки зрения на фундаментальные понятия, среди которых — преступление, уголовная ответственность, освобождение от уголовной ответственности, основания прекращения уголовного дела или уголовного преследования. Соответственно, есть причина обсуждать судебный штраф с позиций его иерархической системно- и структурообразующей функции в ряду понятий уголовного и уголовно-процессуального права.

1. Цели судебного штрафа

Определенно известна только одна цель судебного штрафа — уменьшение в общей структуре судимости доли лиц, осужденных за совер-

[3] См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 12. С. 25–30.

шение преступлений небольшой и средней тяжести. Эта цель может трактоваться только как уголовно-политическая. Официально она была отражена в пояснительной записке к проекту Федерального закона № 953369-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности»: «*В таком случае лицо, совершившее преступление, не имеет судимости, что позволяет ему избежать негативных последствий, связанных с наличием судимости*». Помимо этого, авторы законопроекта рассчитывали на «*расширение диапазона возможностей судебно-следственных органов по освобождению от уголовной ответственности за преступления небольшой и средней тяжести*»[4] (курсив наш. — Т.К., В.Л.).

К сожалению, нужно признать, что пока эта цель не достигнута. Количество лиц, освобожденных от уголовной ответственности по основаниям, предусмотренным статьями гл. 11 УК , вопреки плану, не увеличилось. Если в 2015 г., т.е. до введения статьи 76^2 в гл. 11 УК, таких лиц было 174 168 (17,6% от общего числа лиц, в отношении которых были вынесены судебные акты), то в 2022 г., несмотря на увеличение количества оснований освобождения от уголовной ответственности, уголовное преследование было прекращено в отношении 135 198 человек (18,3 %). По состоянию на 2022 г. среди оснований освобождения от уголовной ответственности абсолютное большинство имеет примирение с потерпевшим (ст. 76 УК) — 101 410 лиц. Для сравнения: ст. 76^2 УК РФ в том же году была применена в отношении 20 310 человек[5].

Очевидно, что такая практика, отражающая созданную законодателем конкуренцию норм в институте освобождения от уголовной ответственности [Власов Д.А., 2022: 82–87], при преодолении которой применяется норма, признанная приоритетной, не соответствует названной уголовно-политической (как мы ее определили) цели. По идее судебный штраф более предпочтителен лишь по делам о преступлениях с формальным составом, по которым примирение с потерпевшим не допустимо, однако в практике сформировался другой подход: возможности этого вида освобождения от уголовной ответственности лиц, совершивших преступления, в основном рассматриваются в отношении преступлений с материальным составом и ущербом.

---

[4] Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/953369-6 (дата обращения: 01.04.2024)

[5] Данные приводятся в соответствии с формой 10.2 «Отчет об особенностях рассмотрения уголовных дел, применения реальных видов наказания и оснований прекращения уголовных дела» за 2015 г. и 2022 г. Available at: URL: http://www.cdep.ru/?id=79 (дата обращения: 01.04.2024)

Уголовно-правовые цели судебного штрафа остались без законодательного определения и не имеют доктринального описания. Если применить аналогию с целями уголовного наказания (ч. 2 ст. 43 УК), то судебный штраф может определяться как мера, применяемая в целях восстановления социальной справедливости, исправления лица, совершившего преступление, и предупреждения новых преступлений. Эта гипотеза уместна, если судебный штраф признать мерой уголовно-правового принуждения с правоограничительным (карательным) содержанием, альтернативной уголовному наказанию. Тогда возможен вывод, что цели уголовного наказания могут быть достигнуты без его назначения посредством судебного штрафа как альтернативной уголовно-правовой меры. Однако в этом случае правомерен вопрос — чем этот назначаемый судом штраф отличается от имеющей соответствующее название меры уголовного наказания. Отсутствие объективно обусловленного ответа может означать только одно: судебный штраф — наказание за совершенное преступление, применяемое без привлечения к уголовной ответственности, что само по себе нонсенс.

Исследователи уже отмечали карательное качество судебного штрафа. Так, Д.В. Голенко пишет о введении судебного штрафа как промежуточной стадии привлечения к уголовной ответственности [Голенко Д.В., 2018: 79]. По оценке Л.В. Лобановой, «до окончания исполнительного производства уголовно-правовые отношения вовсе не прекращаются, а реализуются, хотя и в весьма специфическом содержании» [Лобанова Л.В., 2017: 17]. По В.М. Степашину применение судебного штрафа — это применение уголовной репрессии в упрощенном порядке [Степашин В.М., 2017: 126].

Поскольку обязательным условием применения судебного штрафа является согласие обвиняемого, приходится сомневаться в правомерности его отнесения к любым мерам принудительного характера.

Не снижают остроты отмеченных противоречий и предложения рассматривать судебный штраф как продиктованные целесообразностью либо соображениями гуманизма льготу, поощрение или компромисс, основанные на идеях и «восстановительного правосудия» [Головко Л.В., 2002: 251–253], и альтернативного разрешения уголовно-правового конфликта [Аликперов Х.Д., 1999: 96, 111]. В таком случае, конечно, цели судебного штрафа отличаются от целей уголовного наказания. Выведение штрафа за рамки санкции запрещающей уголовно-правовой нормы легитимизирует его внедрение в уголовное право в качестве субинститута в структуре института освобождения от уголовной ответственности. Проблемы тем не менее остаются.

Не зря, считая судебный штраф льготной мерой, И.Э. Звечаровский указывает на отсутствие логики — зачем лицу, уже освобожденному

решением суда от уголовной ответственности, платить штраф? [Звечаровский И.Э., 2023: 22]. По оценке И.А. Клепицкого, ст. 76[2] УК РФ невыгодна уже потерпевшему, согласия которого при ее применении не требуется, следовательно компенсация морального вреда может иметь символические размеры. Он же указывает на связь ст. 76[2] с институтом сделки о признании вины, заключение которой в этом случае сопряжено с уплатой денежной суммы в бюджет [Клепицкий М.А., 2020: 120–128].

Что касается поощрительного характера судебного штрафа, с этим можно согласиться лишь в случае добровольной уплаты значительной для лица суммы в бюджет до, а не после прекращения ведущегося в отношении него уголовного преследования [Чучаев А.И., Грачева Ю.В., 2020: 169]. К положительным посткриминальным действиям (возмещению или заглаживанию вреда, признанию вины) лицо стимулируется отнюдь не перспективой назначения штрафа, а исключительно возможностью освобождения от ответственности.

Концептуальная противоречивость примененного законодателем подхода проявилась уже в пояснительной записке к законопроекту № 953369-6 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности», где основанием освобождения от уголовной ответственности названо само применение иной меры уголовно-правового характера[6]. Последняя формулировка приводится во многих доктринаьных работах — именно судебный штраф или применение (исполнение) судебного штрафа называется основанием освобождения от уголовной ответственности [Шеншина С.Л., 2018: 89]. Но так ли это?

В ст. 76[2] УК определено: «Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено судом от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа в случае, если оно возместило ущерб или иным образом загладило причиненный преступлением вред». Здесь судебный штраф не признан даже условием освобождения от уголовной ответственности. По букве этой нормы и в соответствии со ст. 446[2] и 446[3] УПК судебный штраф назначается при вынесении решения о прекращении уголовного дела или уголовного преследования, а исполняется после соответствующего решения. Согласно ч. 2 ст. 103[1] Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», «судебный штраф исполняется лицом, которому эта мера назначена, в срок, указанный судом в постановлении, определении о назначении мер уголовно-правового характера». Таким

[6] Available at: URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/953369-6 (дата обращения: 01.04.2024)

образом, в соответствии с действующим законодательством исполнение судебного штрафа считается поведением лица, совершившего преступление, после освобождения его от уголовной ответственности, поэтому в настоящее время штраф — это не основание, а скорее правовое следствие освобождения от уголовной ответственности.

Вероятно, рассматриваемая норма об освобождении от уголовной ответственности в действующей системе правового регулирования по-своему уникальна. Во-первых, она порождает восстановительные правоотношения с включением в их субъектный состав потерпевших, осуществляет функцию стимулирования социально полезного поведения граждан и в этом смысле поощрения или компромисса. Во-вторых, сам судебный штраф не имеет такой функции, поскольку является мерой уголовно-правового принуждения с явным правоограничительным (карательным) содержанием, а значит соотносится с понятием санкции запрещающей уголовно-правовой нормы. Здесь санкция не подменяется поощрением, принуждение не подменяется убеждением. Соответственно, цели судебного штрафа нужно определять в соответствии с целями уголовного наказания. Сказанное позволяет предложить гипотезу, согласно которой новый институт является не столько видом освобождениям от (уголовной) ответственности за совершенное преступление, сколько новым видом ответственности, характер которой еще предстоит определить.

2. Основание освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа

К активному обсуждению вопроса об основании освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа стимулирует отмеченная уникальность рассматриваемого института, исключающая возможность отождествлять цели судебного штрафа и цели освобождения от уголовной ответственности. Значит, невыполнима и задача определить основание судебного штрафа в традиционном ключе с основанием освобождения от уголовной ответственности. По существу, материальным основанием этого нового вида ответственности является не постпреступное поведение, а совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного Уголовным кодексом.

Актуальность вопроса об основании освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа повышается в связи с обсуждением основания прекращения уголовного дела/уголовного преследования. Процессуальным основанием судебного штрафа можно считать факт прекращения уголовного дела, формулируемый в соответ-

ствующем постановлении. Его содержание и порядок принятия регламентируется в УПК противоречиво. Из ст. 25^1 УПК следует, что основание прекращения уголовного дела предусмотрено ст. 76^2 УК, однако ст. 446^2 (ч. 1) и 446^3 (ч. 1) УПК называют основанием прекращения уголовного дела то, что предусмотрено ст. 25^1 настоящего Кодекса. Кроме того, и в ст. 25^1, и в ст. 446^2 УПК помимо отсылки к соответствующим статьям УК (в первом случае) и УПК (во втором), еще и непосредственно перечислены те обстоятельства, наличие которых по смыслу ст. 76^2 УК определяется основанием рассматриваемого процессуального решения.

Проблема, на которой авторы настоящей статьи акцентируют внимание, заключается не только в неоправданных многократных повторениях обстоятельств, совокупность которых признается основанием рассматриваемого процессуального решения, но и в неточности используемой законодателем терминологии. В разных статьях УПК источником, содержащим основание прекращения уголовного дела, названы правовые нормы, относящиеся к различным отраслям права и содержащиеся, соответственно, в разных нормативных актах. Известная взаимосвязь уголовного права и уголовного процесса позволяет утверждать, что решение о прекращении уголовного дела является процессуальной формой реализации материально-правового освобождения от уголовной ответственности. Следовательно, основанием прекращения уголовного дела или уголовного преследования является наличие установленных в ходе процессуальной деятельности обстоятельств, относящихся именно к уголовно-правовому институту освобождения от уголовной ответственности. Перечень этих обстоятельств всегда содержится в соответствующей уголовно-правовой норме, в данном случае, в ст. 76^2 УК, ссылки на которую в процессуальном решении (как и в самой норме уголовно-процессуального права) вполне достаточно. Дополнительное (многократное) перечисление этих обстоятельства в УПК избыточно.

Ввиду не реабилитирующего характера института освобождения от уголовной ответственности, ч. 2 ст. 27 УПК указывает на невозможность прекращения уголовного дела, если подозреваемый или обвиняемый против этого, т.е. возражает против прекращения уголовного дела. Такая формулировка соответствует сути принимаемого решения, если оно рассматривается как сделка. Однако при рассмотрении ст. 76^2 УК как стимулирующей положительное посткриминальное поведение условием ее применения правильнее рассматривать признание, желательно– чистосердечное, своей вины в совершении преступления. Длительное время дискутируемый в теории вопрос о соотношении понятий «признание вины» и «согласие с обвинением» до сих пор не имеет ясного ответа [Кувалдина К.В. и др., 2023: 136]. Не углубляясь в эту требующую

самостоятельного исследования дискуссию, подчеркнем, что для освобождения от уголовной ответственности, рассматриваемого в качестве поощрительного решения, формального согласия с обвинением и готовности уплатить штраф недостаточно.

Подтверждением необходимого учета условий формирования волеизъявления освобождаемого от ответственности, служит, например, уголовное дело № 1-3/2021 о преступлении, предусмотренном п. «б» ч. 1 ст. 256 УК (незаконная добыча (вылов) водных биологических ресурсов, совершенная с применением самоходного транспортного плавающего средства). Постановлением мирового судьи судебного района г. Жигулевска Самарской области от 12.01.2021 было отказано в удовлетворении ходатайства дознавателя о прекращении уголовного дела и уголовного преследования и назначении Е. меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа по просьбе обвиняемого из-за его несогласия с последствием такого освобождения от ответственности — конфискацией лодки, признанной вещественным доказательством[7].

Не менее важно для правоприменения определение вида правовой нормы, содержащейся в ст. 76^2 УК. При наличии указанных в ней обстоятельств принятие решения об освобождении от уголовной ответственности подозреваемого или обвиняемого является правом или обязанностью суда? Правом или обязанностью следователя, дознавателя является вынесение постановления о возбуждении перед судом соответствующего ходатайства? Статья 25^1 УПК сформулирована как закрепляющая не императивную (обязывающую), а управомочивающую (дозволяющую) норму: «суд… вправе прекратить уголовное дело», что позволяет предположить, что даже при наличии указанных в ст. 76^2 УК обстоятельств суд вправе продолжить производство по уголовному делу, отказать следователю, дознавателю в удовлетворении соответствующего ходатайства.

Формулировка ст. 76^2 УК РФ — «лицо... может быть освобождено…», тоже направляет мысль на возможность иного решения. Ст. 76^1 УК («Освобождение от уголовной ответственности по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности») с ее редакцией «лицо… освобождается» обоснованно более категорична. Однако поскольку ни УК, ни УПК не дают никаких указаний, какие обстоятельства, кроме названных в ст. 76^2 УК, должны быть приняты во внимание при принятии решения, и по какой причине суд вправе отказать в освобождении от уголовной ответственности, есть основания считать, что причиной не-

[7] Available at: URL: http://61.sam.msudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&op=cs&case_id=103890395&delo_id=1540006 (дата обращения: 01.04.2024)

прекращения дела может быть только отсутствие предусмотренных для этого законом оснований или согласия обвиняемого как обязательного условия. Продолжение производства по уголовному делу возможно лишь в интересах подозреваемого/обвиняемого, имеющего право отстаивать в суде свою невиновность. Впрочем, причина, по которой лицо может возражать против прекращения в отношении него уголовного преследования, может быть обусловлена и другими факторами, например, отсутствием средств для уплаты штрафа и оснований ожидать, что в установленный срок они у него появятся. Таким образом, прекращение уголовного дела и уголовного преследования в предусмотренных в ст. 76^2 УК обстоятельствах –обязанность органов следствия, дознания и суда. Иного решения, исходя из поощрительного характера рассматриваемой нормы, принято быть не может.

Г.А. Есаков и О.В. Гейнце, обобщив судебную практику и статистику применения судебного штрафа, показали, что «суды заняли позицию требования достаточно высокого стандарта возмещения ущерба как условия применения судебного штрафа… доминируют составы, прямо или косвенно предполагающие материальный ущерб как признак состава преступления», а круг статей УК о преступлениях, за которые применялся судебный штраф, сужается, «выпадение статей из этого круга происходило в ряде случаев целыми «блоками»: так, ушло много статей из глав уголовного закона об экологических преступлениях и преступлениях против правосудия» [Есаков Г.А., Гейнце О.В., 2023: 25]. Обозначившуюся линию «штрафного» реагирования преимущественно на корыстные преступления, отсутствие единообразного понимания основания освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа и перепады статистических показателей применения судебного штрафа допустимо объяснить доминированием уголовно-политического подхода к целям судебного штрафа над правовым.

Однако нужно брать в расчет социальный резонанс массового применения судебного штрафа, когда учитывается имущественное положение освобождаемого, в том числе, возможно, пополненное преступным путем. Конституционный принцип равенства основан на идеях равенства всех перед законом и судом, равноправия независимо от социальной принадлежности, в том числе имущественного положения, а также включает запрет на дискриминацию (ст. 19 Конституции России). При применении судебного штрафа, как и уголовного наказания в виде штрафа, всегда есть угроза нарушения принципа равенства, когда в неравное положение ставятся материально состоятельные лица, которым с учетом их платежеспособности за совершенное преступление может быть назначено уголовное наказание в виде штрафа (ч. 3 ст. 46 УК) или

судебный штраф как иная мера уголовно-правового характера (ч. 2 ст. 104^5 УК РФ), и скромно живущие лица, которым по принципу альтернативности за аналогичное преступление будет назначено более тяжкое наказание, чем штраф, включая лишение свободы.

Множественные обязанности материального характера, предполагаемые при освобождении от уголовной ответственности по ст. 76^2 УК РФ: возмещение ущерба, заглаживание причиненного преступлением вреда, как правило путем благотворительного взноса, конфискация имущества, признанного вещественным доказательством, — не каждому по плечу. Кстати, это обстоятельство может быть учтено для разграничения ст. 76 и 76^2 УК РФ: ст. 76 предпочтительна при наличии и согласии на примирение потерпевшего, ст. 76^2 — при отсутствии потерпевшего; в первом случае материальные затраты правонарушителя ограничиваются возмещением вреда потерпевшему, в последнем случае — денежной суммой, уплачиваемой в виде штрафа в бюджет. Возможно, такой подход будет способствовать и устранению отмеченных выше перекосов в практике.

Можно зафиксировать применительно к освобождению от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа: его основания, как и цели, имеют нереабилитирующий характер; это юридический факт восстановительных правоотношений, включающих в субъектный состав, там, где это возможно, потерпевших; соответствующее освобождение осуществляет функцию стимулирования социально полезного поведения граждан и в этом смысле поощрения или компромисса. Однако сам судебный штраф, включенный законодателем в структуру этих норм, не имеет такой функции, поскольку является мерой уголовно-правового принуждения с правоограничительным (карательным) содержанием, а значит соотносится, как мы полагаем, с уголовной ответственностью, а не с освобождением от нее. По букве действующего закона судебный штраф должен восприниматься как комплексный правовой институт, включающий нормы и об освобождении от уголовной ответственности, и о назначении судебного штрафа, хотя фактически освобождение от уголовной ответственности и судебный штраф не совпадают ни по целям, ни по основанию.

3. Понятие судебного штрафа

Дефиниция судебного штрафа сформулирована в УК следующим образом: «Судебный штраф есть денежное взыскание, назначаемое судом при освобождении лица от уголовной ответственности в случаях, предусмотренных статьей 76^2 настоящего Кодекса» (ст. 104^4). Это определение не годится для выполнения иерархической системно- и структурообра-

зующей функции ни внутри рассматриваемого межотраслевого правового института, ни в целом в системе правовых институтов, поскольку в нем не задан правовой статус понятия «иные меры уголовно-правового характера», примененного в названии раздела VI, к которому отнесена ст. 104^4. Этот труднообъяснимый термин не имеет легального определения. В дефиниции судебного штрафа не приводятся и видовые отличия. Такой его признак, как «денежное взыскание» является общим для разных мер уголовно-правового воздействия — штрафа, как вида уголовного наказания, и судебного штрафа, наказанием не являющегося; вызывает множественные смысловые ассоциации (о денежном взыскании, применяемом к нарушителям порядка в судебном заседании, говорится в ст. 117, 118, 258 УПК; о судебном штрафе — в Гражданском процессуальном кодексе (глава 8) и Арбитражном процессуальном кодексе РФ (глава 11)).

Если в уголовном законе судебный штраф отнесен к иным мерам уголовно-правового характера, то в уголовно-процессуальном законе он назван мерой уголовно-правового характера без характеристики «иная». Таким образом, одно и то же понятие, притом базовое для межотраслевого института, обозначено разными терминами. Кроме того, отнесение судебного штрафа к иным мерам уголовно-правового характера не дает ответа на вопрос о его юридической природе, учитывая принципиально разный характер мер, предусмотренных данным разделом УК, и их последствий, например, включенная в перечень иных мер уголовно-правового характера конфискация имущества не предполагает прекращения уголовного дела. Поэтому ответ на вопрос о юридической природе судебного штрафа не может быть получен с помощью анализа понятия «иные меры уголовно-правового характера».

Еще один известный подход выражен в использовании одного термина — «судебный штраф» для определения явлений, не связанных друг с другом по смыслу: «Дуально, в качестве и иной меры уголовно-правового характера, и основания освобождения от уголовной ответственности» [Луценко Н.С., 2019: 11]. Однако в логическом смысле это определением не является, и не ясно, зачем рассматривать судебный штраф и как основание, и как следствие судебного решения. К тому же закон совмещает назначение судебного штрафа с прекращением производства по уголовному делу; его уплата отсрочена, а неуплата имеет следствием возвращение к процедуре привлечения к уголовной ответственности. Следовательно, вынесение постановления о прекращении уголовного дела не является окончательным решением. Доказательство сказанному легко находим в используемых законодателем формулировках. Так, название ст. 25^1 УПК — «Прекращение уголовного дела или уголовного

преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа» ставит решение об освобождении от уголовной ответственности в зависимость от назначения судебного штрафа, что может трактоваться как допуск того, что назначение судебного штрафа должно предшествовать прекращению уголовного дела.

Иные названия имеют глава 51^1 УПК — «Производство о назначении меры уголовного-правового характера при освобождении от уголовной ответственности» и включенная в нее ст. 446^1 «Порядок прекращения уголовного дела или уголовного преследования ***с*** назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа». В первом случае законодатель отделяет назначение судебного штрафа от освобождения от уголовной ответственности, во втором дает основание считать назначение судебного штрафа элементом решения о прекращении уголовного дела. Нежелательная множественность формулировок для обозначения одного правового явления является дополнительным свидетельством отсутствия у законодателя понимания его юридической природы. Возможно, этим объясняются возникающая аналогия с прежде известной нашей практике нормой об освобождении от уголовной ответственности с привлечением к административной ответственности (ст. 50^1 УК РСФСР 1960 г.), которой, в отличие от рассматриваемого феномена, по крайней мере решался вопрос о юридической природе штрафа как мере административной ответственности.

Показательно, что Конституционный Суд Российской Федерации охарактеризовал включение в уголовно-правовое регулирование ст. 76^2 УК как направленное на «достижение конституционно значимых целей дифференциации уголовной ответственности и наказания, усиления их исправительного воздействия, предупреждения новых преступлений и в конечном счете — защиты личности, общества и государства от преступных посягательств». Таким образом, акцент сделан не на компромисс, а на дифференцирование неблагоприятных последствий совершения преступления. Поэтому Конституционный Суд признал основанием этого вида освобождения не само позитивное послепреступное поведение, а тот факт, что «… лицо своими действиями снизило степень общественной опасности совершенного им преступления»[8]. Это опреде-

[8] Определение Конституционного Суда РФ от 26.10.2017 № 2257-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Гафитулиной Таисии Ивановны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 1 Федерального закона от 03.07.2016 № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно- процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности». Available at: URL: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision300640.pdf (дата обращения: 01.04.2024)

ление вынесено в связи с жалобой Т. И. Гафитулиной, которой по ст. 322^3 УК суд назначил уголовное наказание в виде штрафа и отказал в удовлетворении ходатайства ее адвоката о прекращении дела с назначением ей меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа. Приговор оставлен без изменения судом апелляционной инстанции, пришедшим к выводу, что в применении судебного штрафа было отказано обоснованно, исходя из характера и степени общественной опасности совершенного преступления, предмета посягательства, обстоятельств содеянного и личности виновной.

Такое решение дает основание для предположения, что и Конституционный Суд не может прояснить правовую природу судебного штрафа в соответствии с законодательством, поскольку он использовал для обоснования своей позиции отсутствующий в тексте правовой нормы разграничительный критерий — «характер и степень общественной опасности совершенного преступления». Не касаясь существа решения, позволим лишь спросить — разве характер и степень общественной опасности преступления не учтены уже при квалификации преступления и выборе меры уголовного наказания? Не сам же судебный штраф меняет опасность раньше события преступления? Значит ли сказанное, что, решая вопрос о применении ст. 76^2 УК РФ, суд должен учесть еще обстоятельства в этой статье не указанные? Почему бы тогда эти обстоятельства не указать? Пока же констатируем, что Конституционный Суд своим решением не только не внес ясности в дискутируемый вопрос, но и обострил его.

Со своей стороны подчеркнем, что неопровержим только тезис: судебный штраф является государственной мерой воздействия, применяемой к лицу, совершившему преступление, которая заключается в предусмотренном УК ограничении имущественного права. Судебный штраф заставляет по-новому взглянуть на дефиницию преступления. Включение в определение преступления наказуемости теперь излишне, поскольку уголовное наказание не является уникальным уголовно-правовым последствием преступления. Также заключаем, что ни уголовное наказание, ни иные меры уголовно-правового характера не могут иметь одновременно смысловое значение содержательной части преступления, то есть не важны и для градации общественной опасности преступления.

4. Вопросы процедуры

Неопределенность судебного штрафа как уголовно-правового института с неизбежностью отражается на его реализации. Освобождение от уголовной ответственности предполагает установление оснований самой ответственности, ибо нельзя освободить от ответственности того,

кто ей не подлежит [Кириллова Н.П., 2021: 39]. Поэтому хотя судебный штраф и назначается без вынесения обвинительного приговора, факт виновного совершения деяния в процессе расследования должен быть установлен, а «при рассмотрении ходатайства о прекращении уголовного дела по основаниям, предусмотренным ст. 76^2 УК, судья должен убедиться, что выдвинутое в отношении лица подозрение в совершении преступления обосновано, то есть подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу»[9]. В постановлении о возбуждении перед судом ходатайства должны быть, в частности, изложены: описание преступного деяния, в совершении которого лицо подозревается или обвиняется, с указанием пункта, части, статьи УК; доказательства, подтверждающие выдвинутое подозрение или предъявленное обвинение; основание для прекращения судом уголовного дела или уголовного преследования и назначения подозреваемому, обвиняемому меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа; указание о согласии подозреваемого, обвиняемого на прекращение уголовного дела или уголовного преследования по данному основанию. Это означает, что и предварительное расследование, и судебное разбирательство, как гласит ч. 2 ст. 446^1 УПК, осуществляются в соответствии с общими правилами, установленными настоящим Кодексом.

В то же время глава 51^1 УПК закрепляет некоторые особенности производства: «В случае прекращения уголовного дела или уголовного преследования в соответствии со ст. 25^1 настоящего Кодекса и назначения меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа, предусмотренной ст. 104^1 УК РФ». Отмечая крайнюю неудачность этой формулировки (какое производство может иметь место после прекращения дела?), сосредоточимся на ст. 446^2 и 446^3 УПК, которые создают две процессуальные формы освобождения от уголовной ответственности, два порядка прекращения уголовного дела — досудебный и судебный, при том, что принятие решения о прекращении уголовного дела и назначении судебного штрафа в любом случае принимается только судом.

Судебный штраф как итог именно судебного разбирательства логичен: расследование завершено, факт совершения лицом преступления установлен, материалы дела подтверждают признание обвиняемым вины, состоялось возмещение причиненного ущерба, суду остается выяснить согласие уплатить штраф и, не переходя к исследованию доказательств, вынести постановление о прекращении производства по уголовному делу. Но в чем смысл наделения дознавателя, следователя полномочием обратиться в суд с ходатайством о прекращении уголов-

[9] См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2023. № 9. С. 51.

ного дела? Соответствует ли это полномочие его процессуальной функции, при том что самому подозреваемому, обвиняемому право инициировать рассмотрение судом вопроса об освобождении от уголовной ответственности, как отмечают исследователи [Панько Н. К., 2017: 125], не предоставлено? Попутно отметим, что отсутствие в УПК специальных норм, предусматривающих рассмотрение судом вопроса о прекращении уголовного дела или уголовного преследования по ходатайству самого обвиняемого (подсудимого), его защитника, государственного обвинителя или потерпевшего, вовсе не свидетельствует об отсутствии самой возможности, что подтверждает упомянутый ранее Обзор судебной практики освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа.

Следующий вопрос, имеющий несомненное практическое значение: на каком этапе расследования может (или должно) быть принято решение обратиться в суд с ходатайством о прекращении уголовного дела и уголовного преследования с назначением судебного штрафа? Хотя ст. 446[2] УПК не дает ответа, логика и здравый смысл указывают, что постановление о возбуждении перед судом ходатайства о прекращении уголовного дела следователь, дознаватель могут составить только тогда, когда достоверно установлены как основания привлечения лица к уголовной ответственности, так и основания прекращения уголовного дела и уголовного преследования, то есть по окончании расследования. К такому выводу побуждает и часть 3 ст. 212, введенная в УПК в 2016 г., а именно ее нахождение в главе 29 «Прекращение уголовного дела», образующей вместе с главами 30 «Направление уголовного дела с обвинительным заключением прокурору» и 31 «Действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением» самостоятельный этап уголовно-процессуальной деятельности, много лет назад получивший название «окончание предварительного расследования» [Шейфер С.А., 1986: 37].

Итоговые документы, завершающие окончание расследования направлением уголовного дела в суд, представляют собой процессуальные обращения к суду о возложении на обвиняемого уголовной ответственности или применении иных мер, например, принудительных мер воспитательного или медицинского характера [Дикарев И. С., 2023: 17–22]. Хотя абсолютной аналогии между сопоставляемыми институтами уголовно-процессуального права нет, мы обращаем внимание на то, что во всех случаях обращению в суд предшествует оконченное предварительное расследование. Именно его материалы, а не само по себе обращение следователя, дает суду основание для применения к обвиняемому одной из названных мер.

Системный подход к уголовно-процессуальной деятельности позволяет утверждать, что ст. 446^2 УПК, не имея практического смысла, создает ненужные проблемы, порождая вопросы: каково содержание ходатайства следователя, дознавателя; следует ли в нем указывать на доказательства, подтверждающие виновность обвиняемого в совершении преступления; должен ли орган расследования выяснить согласие обвиняемого на применение штрафа и разъяснить ему сущность и последствия его применения, а также последствия неуплаты штрафа; следует ли выяснить мнение потерпевшего, разъяснять ему право на обжалование решения следователя, разрешать ли участникам процесса знакомиться с материалами уголовного дела; следует ли выделять из группового уголовного дела материалы в отношении конкретного обвиняемого для направления ходатайства в суд и т.д. В обобщенном виде все перечисленное приводит к вопросу: не является ли рассматриваемое обращение в суд еще одной формой окончания предварительного расследования, требующей в таком случае более четкой правовой регламентации?

На некоторые из этих вопросов дан ответ в Постановлении Пленума Верховного Суда России от 29.11.2016 № 56 «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности». В его п. 25.2 говорится, что «следователь или дознаватель может возбудить такое ходатайство только при наличии согласия подозреваемого, обвиняемого на прекращение уголовного дела или уголовного преследования», следовательно, выяснение вопроса о наличии такого согласия становится обязанностью следователя, дознавателя, которые, судя по всему, должны оформить его в письменном виде, что, однако, не лишает обвиняемого, подозреваемого права изменить свое решение, а значит и с суда не снимает обязанность выяснить наличие такого согласия.

Однако всех вышеперечисленных вопросов можно было бы избежать простым и гораздо более логичным решением, при котором для ст. 446^2 УПК не остается места. Трудно найти оправдание созданному в этой статье механизму принятия решения о прекращении уголовного дела при наличии ничем не ограниченной возможности завершить любую форму расследования, включая дознание в сокращенной форме, в обычном порядке с соблюдением всех предусмотренных законом гарантий, включая ознакомление с материалами дела, разъяснение обвиняемому права ходатайствовать об освобождении от уголовной ответственности с применением судебного штрафа, а потерпевшему — права на собственную позицию.

Единственным объяснением крайне нелогичного законодательного решения видится желание упростить работу следователя, дознавателя, за-

менив расследование получением согласия на уплату судебного штрафа в обмен на освобождение от уголовной ответственности. Соблазн избежать трудоемкой работы по изобличению подозреваемого, настроением которого, учитывая перспективу освобождения от ответственности, легко манипулировать, вполне понятен, особенно потому что суд, к которому обращаются с соответствующим ходатайством органы предварительного расследования, не обязан исследовать ни обоснованность подозрения, как, впрочем, и обвинения, ни правильность юридической квалификации его действий. Более того, суд, как может показаться, вообще освобожден от выяснения каких-либо обстоятельств, принимаемое им решение фактически лишь констатирует прекращение уголовного дела и/или уголовного преследования и фиксирует размер назначаемого штрафа. Так ведь и это стремление к упрощению может быть реализовано без излишнего ущемления процессуальных гарантий, например, расширением оснований производства расследования в сокращенных формах.

Не меньше вопросов вызывает процедура принятия судебного решения о прекращении уголовного дела и уголовного преследования, инициированного органом следствия или дознания. В первую очередь это вопрос: в какой стадии уголовного процесса это решение принимается — в ходе предварительного расследования, в стадии подготовки к судебному заседанию или в ходе судебного разбирательства? Вполне логичным кажется использование существующей возможности рассмотрения этого вопроса в предварительном слушании на основании п. 3 ч. 2 ст. 229 УПК, т.е. при наличии оснований для прекращения уголовного дела, в том числе по ходатайству обвиняемого, заявленному при окончании предварительного расследования (ст. 217 УПК). Верховный Суд, однако, предложил другое решение, рекомендовав рассматривать ходатайства о прекращении уголовного дела или уголовного преследования в отношении подозреваемого или обвиняемого и назначении ему меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в порядке, предусмотренном частью 6 ст. 108 УПК.

Поднимая этот вопрос, мы имеем в виду не недостаточность рекомендованной Верховным Судом процедуры, а скорее подчеркиваем неуместность отсылки к правовой норме, регулирующей: а) деятельность суда еще в процессе расследования, б) завершающейся принятием промежуточного решения; тогда как судебное решение о прекращении уголовного дела с назначением судебного штрафа является итоговым решением, принимаемым по окончании расследования. Применение при таких обстоятельствах правил, относящихся к досудебному производству, лишь подтверждает тезис о несистемности правового регулирования рассматриваемого вопроса. Предлагаемое нами решение делает

ненужными и некоторые другие рекомендации Верховного Суда, например, об обязанности обеспечить своевременное извещение о месте, дате и времени судебного заседания подозреваемого или обвиняемого, защитника, если последний участвует в уголовном деле, потерпевшего и (или) его законного представителя, представителя, прокурора, последствиях их неявки, поскольку эти правила, не свойственные процедуре, предусмотренной ст. 108, содержатся в ст. 234 УПК.

Не свободна от критики и законодательная техника регулирования порядка прекращения уголовного дела и уголовного преследования в стадии судебного разбирательства. Достаточно указать на обязанность суда разъяснить лицу, уголовное дело в отношении которого прекращено, последствия неуплаты судебного штрафа в срок, предусмотренный ст. 104^1 УК РФ. Разве суд не обязан разъяснить подсудимому последствия неуплаты штрафа до его применения, чтобы получить информированное согласие на прекращение уголовного дела? Разве можно считать логичной разноголосицу подходов к последствиям неявки сторон в судебное заседание, на котором решается вопрос о прекращении уголовного дела с назначением судебного штрафа, обнаруживаемую в ст. 446^2 и 446^3 УПК, включая прокурора, участие которого при применении ст. 446^2 не обязательно, особенно ввиду того, что прокурор фактически отстранен от участия в решении этого вопроса по уголовным делам, расследование которых производится в форме предварительного следствия?

Оставляя в стороне иные недостатки норм, содержащихся в главе 51^1 УПК, в целом констатируем избыточность такого правового регулирования, искусственность созданных законодателем процедур, отсутствие логики в наделении органа расследования правом инициировать этот вопрос перед судом и т.д. Внедрение в уголовный процесс предусмотренного ст. 76^2 УК нового вида освобождения от уголовной ответственности могло быть осуществлено гораздо более простым и более логичным способом, например, путем закрепления в ст. 217 УПК обязанности органа расследования разъяснить обвиняемому его право ходатайствовать перед судом об освобождении от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа и дополнения соответствующим правом суда статей 229, 254 УПК.

Заключение

Созданная законодателем конструкция судебного штрафа разрушает концепцию преступления как уголовно наказуемого деяния, поскольку допускает множественность уголовно-правовых последствий преступления. При этом ни уголовное наказание, ни иные меры уголовно-правового характера не имеют смыслового значения содержательной части

преступления; значит, они не обусловливают, а отражают градацию общественной опасности преступления. В таком случае требуется ответ на ряд вопросов. Считать ли лицо, освобожденное судом от ответственности за преступление, виновным и подлежащим судебному штрафу за совершенное им преступление? Можно ли рассматривать судебный штраф в качестве не альтернативной, а дополнительной меры уголовно-правового характера? Можно ли при совершении лицом, освобожденным от ответственности в этом порядке, нового преступления, рассматривать последнее как «преступление, совершенное впервые»? Возможно ли в таком случае повторное освобождение от уголовной ответственности? Будет ли влиять факт неисполнения судебного штрафа на уголовную ответственность за повторное преступление?

Следует ожидать также изменения понятий об уголовной ответственности и освобождении от нее. В исследованных случаях применения судебного штрафа отсутствует важнейший признак освобождения от уголовной ответственности — отказ государства от реализации своих полномочий в ограничении прав и свобод преступника. В нынешнем виде судебный штраф является мерой уголовно-правового принуждения с правоограничительным (карательным) содержанием, значит в целом он соотносится с уголовной ответственностью, а не с освобождением от нее. Соответственно логичен прогноз развития института судебного штрафа под углом различий его целей и основания и целей и основания освобождения от уголовной ответственности.

При таких обстоятельствах необходимость создания новых видов дифференцированного уголовного судопроизводства (глава 51^1 УПК), как минимум, сомнительна, а ее реализация — ущербна.

Наконец, главный вопрос — следовало ли решать задачу дифференциации и индивидуализации ответственности за совершенное преступление явно непродуманным образом? Не правильнее ли было вернуться к вопросу о категоризации преступлений и дифференцировать виды ответственности в зависимости от тяжести и вида правонарушения и декриминализировать часть деяний, отнесенных сегодня к преступлениям небольшой и средней тяжести? Фактически именно эту задачу неудачно пытался решить законодатель.

Список источников

1. Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. Баку: Элм, 1992. 193 с.

2. Власов Д.А. Проблемные вопросы применения норм о назначении судебного штрафа // Вопросы российского и международного права. 2022. № 6. С. 82–87.

3. Голенко Д.В. Судебный штраф как иная мера уголовно-правового характера // Юридический вестник Самарского университета. 2018. № 1. С. 78–82.

4. Головко Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 542 с.

5. Дикарев И.С. Итоговые акты предварительного расследования как разновидность процессуальных обращений // Правовое государство: теория и практика. 2023. № 1. С. 17–22.

6. Есаков Г.А., Гейнце О.В. Судебный штраф в судебной практике и статистике: современные тенденции // Уголовное право. 2023. № 11. С. 25–38.

7. Звечаровский И.Э. О практике освобождения от уголовной ответственности и наказания // Уголовное право. 2023. № 5. С. 20–26.

8. Кириллова Н.П., Каматесов П.А. Процессуальные проблемы

освобождения от уголовной ответственности с назначением судебного штрафа на стадии предварительного расследования // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2021. № 2. С. 34–43.

9. Клепицкий И.А. Судебный штраф как альтернатива уголовной ответственности // Lex Russica. 2020. № 12. С. 120–128.

10. Кувалдина Ю.В. и др. О презумпции невиновности, освобождении от уголовной ответственности и прекращении уголовного дела: вопросы согласования // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2023. № 1. С. 136-153.

11. Лобанова Л.В. Правовая природа судебного штрафа и перспективы масштабной декриминализации преступных деяний // Правовая парадигма. 2017. № 3. С. 14–21.

12. Луценко Н.С. Судебный штраф: проблемы теории и правоприменения: дис. … к. ю. н. Хабаровск, 2019. 237 с.

13. Панько Н.К. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа: условия применения и спорные моменты // Судебная власть и уголовный процесс. 2017. № 3. С. 120–127.

14. Стельмах В.Ю. Процессуальные аспекты прекращения уголовного преследования с назначением судебного штрафа // Российский юридический журнал. 2018. № 6. С.117–129.

15. Степашин В.М. Проблема уголовной репрессии вне уголовной ответственности // Правоприменение. 2017. № 1. С. 122–128.

16. Чучаев А.И., Грачева Ю.В. Судебный штраф: проблемы правоприменения // Вопросы российского и международного права. 2020. № 1. С. 162–171.

17. Шейфер С.А. Предварительное следствие. Общие условия и основные этапы производства. Куйбышев: Изд-во Куйбышевского государственного университета, 1986. 82 с.

18. Шеншина С.Л. Судебный штраф как основание прекращения уголовного дела (на примере преступлений против личности) / Наука и новация: современные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и уголовного права. Сборник статей межвузовской конференции. М.: Московский государственный областной университет, 2018. С. 89–93.

References

1. Alikperov H.D. (1992) Crime and compromise. Baku: Elm, 193 p. (in Russ.)

2. Chuchaev A.I., Gracheva Yu. V. (2020) Judicial fine: issues of law enforcement. *Voprocy rossiyskogo i mezhdunarodnogo prava*=Issues of Russian and International Law, no. 1, pp. 162–171 (in Russ.)

3. Dikarev I.S. (2023) Final acts of the preliminary investigation as a variety of procedural appeals. *Pravovoe gosudarstvo*=Rule of Law, no.1, pp. 17–22 (in Russ.)

4. Esakov G.A., Heinze O.V. (2023) Judicial fine in practice and statistics: modern trends. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 11, pp. 25–38 (in Russ.)

5. Golenko D.V. (2018) Judicial fine as another measure of a criminal law nature.

Juridicheskyi vestnik Samarskogo universiteta=Legal Bulletin of Samara University, vol. 4, no. 1, pp. 78–82 (in Russ.)

6. Golovko L.V. (2002) *Alternatives to criminal prosecution in modern law.* Saint Petersburg: Law Center Press, 542 p. (in Russ.)

7. Kirillova N.P., Kamatesov P. A. (2021) Procedural aspects of exemption from liability with imposing court fine at preliminary investigation. *Sibirskye ugolovno-processualnye i criminologicheskie chtenia*=Siberian Criminal Procedural and Criminalistic Readings, no. 2, pp. 34–43 (in Russ.)

8. Klepitsky I.A. (2020) Judicial fine as an alternative to criminal liability. *Lex Russica*, no. 12, pp. 120–128 (in Russ.)

9. Kuvaldina Yu.V. et al. (2023) Presumption of innocence, exemption from liability and termination of proceedings: issues of coordination. *Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiyskoi Akademii Nauk*=Proceedings of Academy of Sciences Institute of State and Law, no. 1, pp. 136–153 (in Russ.)

10. Lobanova L.V. (2017) Legal nature of judicial fine and prospects for the massive decriminalization of criminal acts. *Pravovaya paradigma*=Legal Paradigm, vol. 16, no. 3, pp. 14–21 (in Russ.)

11. Lutsenko N.S. (2019) Judicial fine: theory and enforcement. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Khabarovsk, 237 p. (in Russ.)

12. Panko N.K. (2017) Termination of a case or prosecution and imposing judicial fine: conditions of use and controversial points. *Sudebnaya vlast i ugolovnyi protcess*=Judicial Power and Criminal Procedure, no. 3, pp. 120–127 (in Russ.)

13. Shafer S.A. (1986) Preliminary investigation. Conditions and main stages. Kuibyshev: University Press, 82 p. (in Russ.)

14. Stelmakh V.Yu. (2018) Procedure of termination of proceedings-complaints with the imposing court fine. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Russian Law Journal, no. 6, pp. 117–129 (in Russ.)

15. Stepashin V.M. (2017) The repression outside liability. *Pravoprimeninie*=Law Enforcement, no. 1, pp. 122–128 (in Russ.)

16. Shenshina S.L. (2018) Judicial fine as a basis for termination of a criminal case (crimes against person). In: Science and innovation: contemporary aspects of theory and practice of proceedings and criminal law. Papers of university conference. Moscow: State Regional University, pp. 89–93 (in Russ.)

17. Vlasov D.A. (2022) Issues of using norms on imposing of a judicial fine. *Vopsocy rossyiskogo i mezhdunarodnogo prava*=Issues of Russian and International Law, no. 6, pp. 82–87 (in Russ.)

18. Zvecharovsky I.E. (2023) Practice of exemption from liability and punishment. *Ugolonoe pravo*=Criminal Law, no. 5, pp. 20–26 (in Russ.)

Информация об авторах:

Т.В.Кленова — доктор юридических наук, профессор.

В. А. Лазарева — доктор юридических наук, профессор.

Information about the authors:

T. V. Klenova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

V. A. Lazareva — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 10.01.2024; одобрена после рецензирования 18.02.2024; принята к публикации 06.03.2024.

The article was submitted to editorial office 10.01.2024; approved after reviewing 18.02.2024; accepted for publication 06.03.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 343.1
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.195.214

Уголовный процесс: проблемы правового регулирования досудебного производства

Людмила Мильтоновна Володина

Тюменский государственный университет, 625003 Россия, Тюмень, ул. Володарского, 6,

lm.volodina@yandex.ru

Аннотация

Обращение в правоохранительные органы сопряжено с надеждой на получение защиты, восстановление нарушенных прав и законных интересов, возможность реализации конституционного права на доступ к правосудию. Статья 6 Уголовно-процессуального кодекса России, закрепляющая назначение уголовного судопроизводства, устанавливает целевые направления уголовно-процессуальной деятельности, связанные с обеспечением защиты прав человека. Защита человека и общества от преступных посягательств требуют баланса интересов личности, общества и государства. Как сохранить в правовом поле соотношение этих интересов? Всегда ли можно рассчитывать на помощь государственных механизмов, если против нас совершены преступные действия? Оправданы ли ожидания, связываемые с законом как эталоном долженствования, обеспечивающим защиту? Порядок производства по уголовному делу по российскому законодательству строится как система относительно самостоятельных этапов движения уголовного дела, предполагающих их последовательность. Начало производства по уголовному делу связано со стадией возбуждения уголовного дела. Однако введение ее в систему стадий в качестве самостоятельного этапа породило дискуссию о значении этой стадии, ее целесообразности и ее задачах. Значимость вопросов правового регулирования досудебного производства связана с необходимостью защиты прав человека, вовлеченного в том или ином качестве в уголовный процесс. Исследование строится на применении общенаучных методов (системный, структурно-функциональный); на использовании частно-научных методов (историко-правовой, статистический, сравнительно-правовой). В статье предпринят анализ действующего уголовно-процессуального законодательства, регулирующего начало производства по уголовному делу, его сопоставление с процессуальным порядком по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года. Проделан анализ практики правоприменения, анализ статистической информации, доктри-

© Володина Л.М., 2024

нальных трудов, посвященных данной проблематике. Результатом исследования являются предложения, направленные на реформирование института досудебного производства. Предлагается алгоритм начального этапа уголовно-процессуального производства. Авторские предложения изложены в третьем разделе статьи и в заключении.

Ключевые слова

уголовный процесс; назначение уголовного судопроизводства; возбуждение уголовного дела; предварительное расследование; защита прав человека; прокурор.

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

Для цитирования: Володина Л.М. Уголовный процесс: проблемы правового регулирования досудебного производства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 195–214. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.195.214

Research article

Criminal Procedure: Issues of Regulating Pre-trial Proceedings

Lyudmila M. Volodina

Tyumen State University, 6 Volodarsky Str., Tyumen 625003, Russia,

lm.volodina@yandex.ru

Abstract

Contacting law enforcement agencies is associated with the hope of obtaining protection, restoring violated rights and legitimate interests, and the possibility of exercising the constitutional right to access to justice. Article 6 of the Russian Code of Criminal Procedure fixing the purpose of criminal proceedings, establishes the target areas of criminal procedural activity related to the protection of human rights. The protection of a person and society from criminal encroachments requires a balance of interests between individual, society and the state. How it is better to maintain the balance of these interests in the field? Can we always count on the help of state mechanisms if criminal acts have been committed against us? Are our expectations associated with the justice as a standard of duty that provides protection justified? The procedure of criminal proceedings under current Russian law is built as a system of relatively independent stages of the criminal case movement, assuming their clear sequence. The beginning of criminal proceedings is connected with the stage of initiation of a criminal case. However, its introduction into the stage system as an independent stage gave rise to a discussion about the significance of this stage, its expediency, and its tasks. The importance of the issues of legal regulation of pre-trial proceedings is related to the need to properly ensure the protection of human rights involved in one capacity or another in the

criminal process. The research is based on the application of general research methods (systemic, structural and functional); on the use of private scholar methods (historical, statistical, comparative legal ones). The article analyzes the current criminal procedure legislation regulating the commencement of criminal proceedings its comparison with the procedures implemented according to the Statute of Criminal Proceedings of 1864. There is an analysis of the practice of law enforcement, of statistical information, doctrinal publications devoted to the issue. The results of the study are proposals aimed at reforming the institution of pre-trial proceedings. A clear algorithm for the initial stage of criminal procedure proceedings is proposed. The author's proposals are set out in the third section of the article and in the conclusion.

Keywords

procedure; appointment of criminal proceedings; initiation of criminal proceedings; preliminary investigation; public prosecutor; protection of human rights.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Volodina L.M. (2024) Criminal Procedure: Issues of Regulating Pre-Trial Proceedings. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 195–214 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.195.214

Введение

Порядок производства по уголовному делу, предполагая алгоритмизацию процессуальных действий, строится как многоуровневая система относительно самостоятельных этапов движения уголовного дела, предполагающих их жесткую последовательность. Начало производства по делу в России не мыслится иначе как через регулирование стадии возбуждения уголовного дела. Вместе с тем с момента ее внедрения в уголовное судопроизводство как этапа, дающего начало движению уголовного дела, не прекращаются споры о ее роли, значении, содержании, задачах, правовой полезности.

Досудебное производство в соответствии с положениями Части второй Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ; УПК) представлено стадиями возбуждения уголовного дела и предварительного расследования (Разделы VII и VIII УПК РФ). Данная структура досудебного производства существовала не всегда. Анализ правовых источников дает основание говорить, что терминологическое сочетание «возбуждение уголовного дела» впервые появилось в циркулярах Генерального прокурора СССР от 15.08.1934, от 20.04.1935, от 26.02.1937 (в последнем говорилось о постановлении о возбуждении уголовного дела). Циркуляр от 05.06.1937 № 41/26 установил: «возбуж-

дение уголовного дела и начало расследования могут иметь место лишь по мотивированному постановлению следственного органа, утвержденному прокурором»[1]. Институт возбуждения уголовного дела как обособленная система норм, регламентирующих начало производства по уголовному делу, очертивших стадию возбуждения уголовного дела, возник с принятием 25.12.1958 Основ уголовного судопроизводства Союза СССР и союзных республик. Как самостоятельный этап уголовного процесса стадия возбуждения уголовного дела сформировалась с принятием УПК РСФСР в 1960 году, что изменило тем самым структуру системы российского уголовного процесса.

Конец 1950-х–начало 1960-х годов — исторический этап развития российской государственности, сопряженный, с одной стороны, попыткой избавиться от наслоений тоталитаризма, с другой — явным нежеланием правящих кругов принять демократические начала построения государства, признать необходимость демократического переустройства. Это был один из периодов реформирования отечественной правовой системы. Ростки демократизации способствовали пробуждению общественного сознания, но преобразования общества, осуществляемые в условиях тогдашней политической системы, не дали и не могли дать значимых позитивных результатов. Уголовно-правовая политика и ее составляющая часть — уголовно-процессуальная политика своим острием были направлены на некоторую либерализацию и гуманизацию уголовного судопроизводства, что диктовалось задачей восстановления справедливости, разумеется, в пределах, определяемых государственно-идеологическими интересами.

Оценка нового института уголовно-процессуального права была неоднозначной. С одной стороны, стадия возбуждения уголовного дела, рожденная мыслью законодателя, была призвана стать барьером на пути беззакония. В частности, Н.В. Жогин и Ф.Н. Фаткуллин писали, что благодаря этому институту в первоначальный период уголовно-процессуальной деятельности «внедряется твердое начало законности», «обеспечивается защита прав и законных интересов граждан [Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н., 1961: 30]. Но были и другие точки зрения, свидетельствующие о неприятии нового института уголовно-процессуального права. Например, профессор М.Л. Шифман полагал, что «нет никакой необходимости в выделении отдельной стадии возбуждения уголовного дела», как нет и «основания искусственно разграничивать возбуждение уголовного дела и предварительное расследование на две стадии… Кому

[1] О повышении качества расследования: циркуляр «Прокуратуры СССР от 05.06.1937 № 41/26 // Социалистическая законность. 1937. № 7.

нужна эта микростадия?» [Цит по: Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н., 1961: 33–34]. Н.Н. Полянский считал, что возбуждение уголовного дела — это начальный момент уголовного процесса [Полянский Н.Н., 1960: 123–124], не вычленяя, таким образом, самостоятельного этапа. М.А. Чельцов, предваряя появление нового уголовно-процессуального института, не придавал принципиального значения решению вопроса о выделении или не выделении первоначального этапа уголовного судопроизводства в качестве самостоятельной стадии [Чельцов М.А., 1948: 216].

1. Проблемы и противоречия института возбуждения уголовного дела в действующей системе досудебного производства

Узел проблем и противоречий стадии возбуждения уголовного дела состоит, с одной стороны, из проблем практического характера, имеющих место в реальности: статистика бескомпромиссна — большинство нарушений закона органами следствия и дознания допускается в стадии возбуждения уголовного дела. Так, по официальным данным прокуратурой за 2022 год выявлено 5217,038 нарушений, допущенных органами следствия и дознания, при этом при приеме, регистрации и рассмотрении сообщений выявлено 3417,399 нарушений, т. е. абсолютное их большинство; отменено 7,809 постановлений о возбуждении уголовного дела и 1419,601 постановление об отказе в возбуждении уголовного дела[2]. Из данных статистики очевидно: уже на первом этапе уголовного процесса создается нередко непреодолимое препятствие реализации конституционного права человека на судебную защиту. С другой стороны, нынешняя регламентация возбуждения уголовного дела дает основание говорить о массиве противоречий, влияющих на уровень деятельности органов предварительного расследования на означенном этапе работы. На это обстоятельство обращено постоянное внимание ученых, предлагающих время от времени внесение изменений и дополнений в соответствующие статьи Раздела VII УПК, регулирующие начало производства по уголовному делу.

Весьма противоречив уголовно-процессуальный закон в части защиты прав и законных интересов лиц, так или иначе вовлеченных в орбиту уголовно-процессуальных отношений на начальном этапе судопроизводства. Часть 1.1 ст. 144 УПК устанавливает: лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о

[2] Официальный сайт Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Available at: URL: https: //epp.genproc.gov.ru/ (дата обращения: 17.01.2024)

преступлении, разъясняются их права и обязанности, предусмотренные УПК. Им обеспечивается возможность осуществления этих прав в той части, в которой процессуальные действия и процессуальные решения затрагивают их интересы, в том числе не свидетельствовать против себя, своей супруги и близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК, пользоваться услугами адвоката. Проблема в том, что закон не отвечает на вопрос: каково процессуальное положение этих лиц. Соответствующее процессуальное положение лица, вовлеченные в процесс, приобретают только в рамках возбужденного уголовного дела (Раздел II УПК). Защищенность прав и свобод человека без четкого определения его правового положения остается под большим сомнением. Здесь заложено главное противоречие между заявленными целевыми направлениями уголовного судопроизводства и положением вещей.

Размышления о проблемах теории и практики стадии возбуждения уголовного дела, анализ возбуждения уголовного дела как института уголовно-процессуального права с многократными изменениями его правового режима дают основание говорить, что процессуальный механизм стадии не отвечает требованиям назначения уголовного судопроизводства, закрепленным в ст. 6 УПК. Нестабильность закона, связанная с бесконечными изменениями регламентации порядка производства в рамках стадии — одна из причин неэффективности уголовно-процессуальной деятельности.

Обосновывая структуризацию подразделений в праве (норм, их элементов, правовых институтов, отраслей права), выдающийся ученый, член-корреспондент РАН С.С. Алексеев утверждал: его подразделениями могут быть лишь такие образования, которые обладают двумя важнейшими признаками, во-первых, цельностью («нерасчленяемостью целого») и, во-вторых, способностью явления взаимодействовать с другими явлениями на соответствующем уровне. Первое, по его мысли, означает, что «все части данного явления связаны такой степенью внутренней организации, общности, которая делает их нерасторжимыми, образующими свою прочную системную структуру», второе означает такое взаимодействие, «в результате которого оно вместе с иными явлениями образует структуру следующего, более высокого уровня» [Алексеев С.С., 2010: 22]. Досудебное производство, рассматриваемое как своеобразная система уголовного процесса, включает две стадии, которые, в свою очередь, также рассматриваются как его самостоятельные системы (или подсистемы). С другой стороны, досудебное производство может рассматриваться как институт уголовно-процессуального права, так как обладает всеми его признаками: оно обусловлено особенностями функционального назначения, призванного обеспечить правовое регулиро-

вание особого круга отношений, выделяемых внутри предмета отрасли права в силу их однородности и относительной самостоятельности; обладает внутренней организацией; его нормы объединены устойчивыми закономерными связями.

На протяжении истории развития российского уголовного процесса система досудебного производства изменялась множественное число раз. Порядок досудебного производства по Уставу уголовного судопроизводства 1864 года (далее — УУС) в форме предварительного следствия охватывался Разделом вторым, включавшим 12 глав. Содержание их было направлено на регламентацию участия полиции, обязанностей и «степени власти прокуроров и их товарищей», условий производства предварительного следствия, регламентацию законных поводов «к начатию следствия»; порядка следственных действий и иных способов исследования обстоятельств дела, процедуры представления обвиняемого к следствию; требований к протоколам предварительного следствия; мер пресечения и порядка их применения; заключения следствия, мер и порядка привлечения к ответственности полицейских чинов и судебных врачей по следственным действиям, а также порядка обжалования следственных действий и рассмотрения жалоб. Реформирование порядка досудебного производства в дальнейшем было связано с изменениями государственного устройства, при этом обоснование нововведений не всегда возможно проследить, однако до определенного времени форма досудебного производства предполагала единство института.

С.С. Алексеев отмечал, что структура правового института, как и всех других правовых общностей, «характеризуется не только определенным строением, дифференцированностью нормативного материала, но и интегрированностью, своим законом связи элементов, пусть и не таким жестким, как в нормативном предписании, но все же выражающим системную целостность, стойкую композицию элементов» [Алексеев С.С., 2010: 108]. Разработанные С.С. Алексеевым характеристики правового института лежат в основе понимания этого правового явления и являются отправной точкой анализа любого института как набора нормативных предписаний, регулирующих область общественных отношений внутри той или иной отрасли права.

Выделение в рамках досудебного производства относительно самостоятельного этапа, связанного с регламентацией начала производства по уголовному делу в виде стадии возбуждения уголовного дела, породило разделение его на две части, функциональные задачи которых в теории определялись как специфически-самостоятельные. Выделенные этапы досудебного производства обладали отличительными чертами субъектных составов, отличался их процессуальный режим (в момент

образования стадии возбуждения уголовного дела в законе был установлен жесткий запрет на производство следственных действий за исключением осмотра места происшествия), названные этапы завершались принятием самостоятельных итоговых решений.

Но, принимая решение о регламентации досудебного производства в этом новом режиме, законодатель недостаточно позаботился о законодательной формулировке задач каждой из выделенных стадий, о процессуальном положении участников стадии возбуждения уголовного дел, их правовой защищенности, о регламентации порядка принятия и регистрации сообщений о совершенном или готовящемся преступлении. Производство, связанное с получением сообщения о преступлении и его последующей доследственной проверкой, было конгломератом действий, в большой степени не подпадающих под понятие уголовно-процессуальных, поскольку они не были регламентированы нормами уголовно-процессуального закона. Это было одним из серьезных противоречий регламентации института: оно нарушало общетеоретическое понятие о правовом институте как об «определенном строении» нормативного материала, «выражающем системную целостность, стойкую композицию элементов» в рамках отрасли права.

Последующие бесчисленные изменения в правовом регулировании стадии возбуждения уголовного дела также не привели к позитивным сдвигам. В разные времена в дискуссиях по проблемам развития данной стадии ученые обращали внимание преимущественно на правовое регулирование ее процессуального порядка, предлагая ради его совершенствования внедрение в процедуру проверки сообщений о преступлении все большего количества процессуальных, в том числе и следственных действий. Совершенству пределов нет: ныне эта стадия приобрела вид мини-стадии предварительного расследования. Увеличение сроков предварительной проверки материалов, устанавливаемых законодателем в зависимости от разного рода обстоятельств, легализация дополнительной предварительной проверки материалов (в отличие от УПК РСФСР 1960 г.), все более сближает две стадии досудебного производства. Стадия предварительного расследования также не обойдена вниманием законодателя: изменения ее содержания касаются статуса властных субъектов, круга их полномочий, порядка их взаимодействия, вопросов подследственности, внедрения дифференцированных форм производства по делу (это относится и к дознанию, и к предварительному следствию), время от времени появляются новые основания прекращения уголовного дела и т.п.

В рамках обсуждения проблем стадии возбуждения уголовного дела постоянным становится мотив реорганизации досудебного про-

изводства: см., например, материалы большой дискуссии на страницах одного из научных журналов[3].

2. Структура досудебного производства: закон, теория, практика

Обосновывая юридическое своеобразие подразделений структуры права, С.С. Алексеев писал, что оно выражается в показателях троякого рода: это регулятивные свойства (метод регулирования, приемы воздействия, механизм и др.), интеллектуально-волевое содержание (принципы права, общие положения и пр.) и внешняя форма права (известная обособленность в законодательстве). Он отмечал при этом возможность «юридического своеобразия структурных черт тех или иных подразделений правовой системы». Характеризуя особенности структуры права, С.С. Алексеев обращал внимание на то, что основное значение в структуре права имеют функциональные связи между структурными подразделениями, выделяя среди них связи координации, выражающие единство права как целостную систему, и проявляющиеся, когда юридические нормы действуют в сочетании. К примеру, единство в процессе функционирования регулятивных и охранительных норм, норм общих и специализированных, норм материальных и процессуальных [Алексеев С.С., 2010: 24, 38–39]. В этом плане возбуждение уголовного дела весьма сложно оторвать от предварительного расследования: стадии обречены на единство процессуальных действий, исходя из общности задач органов расследования. Едиными являются для этих стадий и методы правового регулирования, и приемы воздействия на общественные отношения, общими для них являются и принципы уголовного судопроизводства. Искусственный отрыв стадии возбуждения уголовного дела от единой общности — досудебного производства — привел на практике к разрыву времени действий на разных стадиях, к ограниченности возможностей расследования обстоятельств дела «по горячим следам», к незащищенности участников данной стадии в отсутствие в установленного законом правового положения этих лиц. При этом доследственные проверки материалов по поступившим сообщениям с не ограниченными ныне законом возможностями их продления нередко приводят к утрате доказательств по уголовному делу.

Вместе с тем законодатель так и не разрешил в УПК проблему порядка приема и регистрации сообщений о совершенном (готовящемся) преступлении. Поступившее сообщение, содержащее информацию о

[3] См.: Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 4 (9); 2014. № 1 (12).

совершенном или готовящемся преступлении, фиксируется по правилам, установленным не УПК, а ведомственными нормативными актами. Прежде всего это совместный приказ Генеральной прокуратуры № 39, МВД № 1070, МЧС № 1021, Минюста № 253, ФСБ № 780, Минэкономразвития № 353, ФСКН № 399 от 29.12.2005 «О едином учете преступлений» вместе с «Типовым положением о едином порядке организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях», «Положением о едином порядке организации регистрации и проверки сообщений о преступлениях», «Положением о едином порядке регистрации уголовных дел и учета преступлений», «Инструкцией о порядке заполнения и предоставления учетных документов» (приказ действует с изменениями на 15.10. 2019). Но это не единственный ведомственный нормативный документ, регулирующий указанные вопросы. В соответствии с данным приказом федеральные органы, утвердившие Типовое положение, с учетом особенностей своей деятельности издают ведомственные инструкции по вопросам приема, регистрации, проверки сообщений о преступлениях и ведомственного контроля за этой деятельностью, не противоречащие федеральным законам и настоящему Положению.

Каждый орган, расследующий преступления, издает внутренние приказы, основанные на совместном приказе, частично дублируя его, частично внося своеобразие в понимание своих задач. Перечень их значителен: приказ Следственного комитета России от 11.10.2012 № 72 «Об организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлении в следственных органах (следственных подразделениях) системы Следственного комитета Российской Федерации»; приказ МВД от 29.08.2014 № 736 «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в территориальных органах Министерства внутренних дел Российской Федерации заявлений и сообщений о преступлениях, об административных правонарушениях, о происшествиях»; приказ ФСБ от 16.05.2006 № 205 «Об утверждении Инструкции по организации в органах Федеральной службы безопасности приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях и иной информации о преступлениях и событиях, угрожающих личной и общественной безопасности»; приказ от 11.07.2006 № 250 «Об утверждении Инструкции о приеме, регистрации и проверке в учреждениях и органах Уголовно-исполнительной системы сообщений о преступлениях и происшествиях»; приказ МЧС от 02.05.2006 № 270 «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях и иных происшествиях в органах Государственной противопожарной службы Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бед-

ствий»; приказ Минюста от 02.05.2006 № 139 «Об утверждении Инструкции о едином порядке организации приема, регистрации и проверки в Федеральной службе судебных приставов сообщений о преступлениях»; приказ ФТС от 12.01.2007 № 23 «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и проверки в таможенных органах Российской Федерации сообщений о преступлениях».

Иначе говоря, каждый из названных органов имеет инструкцию, которая должна определять специфику его деятельности. С позиций единства задач, стоящих перед органами предварительного расследования на начальном этапе производства по делу, важность единообразия требований а главное — контроля за выполнением этих требований, следует, что при подобном правовом регулировании достижение этого единообразия находится под вопросом. Разночтения в названных ведомственных документах, казалось бы, не столь глубоки, поскольку касаются разъяснений терминологии, процедурных моментов, вытекающих из специфики задач, решаемых этими структурами, и полномочий должностных лиц разного уровня, но едва ли оправдана множественность инструктивных положений и разнородность ведомственных нормативных предписаний.

Рассогласованность отдельных частей досудебного производства проявляется, по мнению отдельных ученых, и в другом. Так, И.С. Дикарев, обращая внимание на то, что реформа досудебного производства 2007 г., изменив статус прокурора в уголовном процессе, не была доведена до логического завершения, считает, что «стадия предварительного расследования в современных условиях не обладает внутренним единством. Образующие ее этапы — расследование уголовного дела следователем и деятельность прокурора по поступившему к нему с обвинительным заключением уголовному делу — характеризуются различными (несовпадающими) признаками, что прямо указывает на необоснованность объединения этих этапов в рамках одной стадии. Каждый из них соответствует признакам самостоятельной стадии уголовного процесса». В связи со сказанным названный автор предлагает внести коррективы в УПК, выделив в структуре досудебного производства не две (как сейчас), а три стадии [Дикарев И.С., 2017: 117–122].

Возражая И.С. Дикареву, следует обратить внимание на то, что деятельность прокурора по поступившему к нему с обвинительным заключением уголовному делу в соответствии со ст. 221 УПК все же является логическим завершением стадии предварительного расследования, поскольку итог всей работы, дающий основание убедиться в выполнении задач, возлагаемых на данный этап производства по уголовному делу, подводится на основании выводов прокурора — субъекта уголовного преследования, наделенного властными полномочиями надзора за

соблюдением уголовно-процессуального закона. Завершение уголовно-процессуальной деятельности, связанной с установлением обстоятельств совершенного (готовящегося) преступления и привлечения лица в качестве обвиняемого по делу (с предварительным выводом органов расследования о его виновности в совершении инкриминируемого ему преступления), не может быть неконтролируемым актом: прокурор поддерживает обвинение в суде.

Формирование позиции прокурора строится на материалах предварительного расследования и не иначе. Работа прокурора, касающаяся утверждения обвинительного заключения (ч.1 ст. 221 УПК), с одной стороны, связана с формированием его внутреннего убеждения по уголовному делу, с другой — с проверкой доброкачественности собранной органами расследования доказательственной информации. Обе стороны этой деятельности прокурора взаимосвязаны: они обеспечивают качество поддерживаемого в суде обвинения. Кроме того, не исключена возможность вывода прокурора о необходимости прекращения уголовного дела, и тогда перспектива производства по уголовному делу будет блокирована.

Вновь обращаясь к истории, следует отметить, что Устав уголовного судопроизводства относил вопросы, связанные с окончанием досудебного производства, в ведение прокурора окружного суда, который был обязан рассмотреть «подлежит ли дело ведению прокурорской власти»; произведено ли следствие с надлежащей полнотой и следует ли обвиняемого предать суду или же дело о нем должно быть прекращено или приостановлено (ст. 510 УУС). При очевидной неполноте произведенного следствия, не представляющей возможности составить правильное заключение о существе дела, прокурору имел «право потребовать дополнительные сведения, или обратить дело к доследованию» (ст. 512 УУС). По ст. 519 УУС заключение прокурора о предании обвиняемого суду излагалось в форме обвинительного акта. Вероятно, исходя из этого, некоторые ученые и предлагают возможность выведения этого этапа досудебного производства из стадии предварительного расследования в самостоятельную стадию, рассматривая ее как предание обвиняемого суду [Манова Н.С., Францифоров Ю.Ф., 2003: 35–37].

Анализируя проблемы досудебного производства, С.Б. Россинский замечает: «Ввиду специфического характера стадии возбуждения уголовного дела, ее нахождения как бы в «предпроцессуальном» поле, то есть до принятия решения, определяющего полноценное «открытие» нового досудебного производства, данному этапу уголовно-процессуальной деятельности традиционно были и остаются присущи достаточно серьезные доктринальные и нормативно-правовые противоречия, вызывающие на протяжении длительного времени большие затруднения в повседневной следственной практике» [Россинский С.Б., 2021: 134]. Уже давно обраще-

но внимание на то, что в условиях запрета на производство необходимых для закрепления следов преступления следственных действий в стадии возбуждения уголовного дела и замена их способами, которые не носят процессуального характера, ведут в последующем к необходимости повторного получения доказательств, что увеличивает объем работы и не обеспечивает надежной защиты прав участников уголовного процесса.

Нарушение сроков проверки, необоснованные отказы возбуждения уголовных дел, отдаляя перспективу раскрытия преступления и установление виновного лица, отдаляет (если не перечеркивает) и основную цель уголовного судопроизводства, направленную на защиту прав потерпевших. Вот один из примеров. Первым кассационным судом общей юрисдикции в определении от 28.09.2022 № 88-23788/2022 установлено, что проверка сообщения о преступлении осуществлялась 9 лет[4]. Другой пример: в кассационном определении Первого кассационного суда общей юрисдикции от 11.04.2022 № 88а-10098/2022 по делу № 3а-570/2021 установлено, что в течение четырех лет было вынесено 12 постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела, раз за разом отменяемых прокуратурой[5].

Неповоротливость государственной машины, действующей в рамках порядка возбуждения уголовного дела, обсуждается давно. В 2012 году расширенная рабочая группа при Министре внутренних дел подготовила предложения о реформировании органов внутренних дел. Предусматривалась отмена института «отказных материалов», обязательность оценивания действий сотрудников полиции заявителями, использование штатных психологов и психологов-волонтеров из общественных организаций при работе с потерпевшими от преступлений при приеме заявлений, совершенствование осведомления потерпевших о принятых по их заявлениям мерах[6]. Но, как говорится, воз и поныне там.

3. Вопросы реформирования досудебного производства

Данная тематика обсуждается в юридическом сообществе часто. В ходе дискуссии о стадиях возбуждения уголовного дела выдвинут ряд

---

[4] Первый кассационный суд общей юрисдикции. Кассационное определение .от 28.09.2022 № 88-23788/2022 // СПС КонсультантПлюс.

[5] Первый кассационный суда общей юрисдикции. Кассационное определение от 11.04.2022 № 88а-10098/2022 по делу № 3а-570/2021 // СПС КонсультантПлюс.

[6] Расширенная рабочая группа при Министре внутренних дел РФ по дальнейшему реформированию органов внутренних дел Российской Федерации. Дорожная карта. 2012. Available at: URL: file:///C:/Users/Lenovo/Desktop/Dorozhnaja%20karta%20(4)%20(1).pdf (дата обращения: 25.03.2024)

предложений, направленных на их решение. Предложения эти условно можно разделить на три основные группы. Одни из них направлены на совершенствование стадии путем оптимизации установленного порядка проведения доследственной проверки (В.А. Азаров, В.А. Лазарева, М.В. Кардашевская и др.), в том числе включая предложения о внедрении в процедуру дополнительных следственных действий либо признании доказательствами результатов ОРД (А.М. Багмет, Ю.П. Боруленков и др.). Так, профессор В.А. Азаров делает вывод, что «двойственность постановки обсуждаемой проблемы должна быть снята в пользу «совершенствования правовых основ стадии возбуждения уголовного дела». Вопрос о возможном ее «отмирании» поставлен несколько преждевременно [Азаров В.А., 2014: 25]. А.М. Багмет, анализируя означенную проблему, предлагает внесение в УПК изменений, направленных на совершенствование стадии возбуждения уголовного дела, в том числе на разрешение допроса до возбуждения уголовного дела, на полное устранение вмешательства прокурора в следственную деятельность [Багмет А.М., 2014: 32].

В других доктринальных работах говорится о взвешенном подходе к предложениям о реорганизации досудебной стадии уголовного судопроизводства и увеличении роли прокурора в уголовном судопроизводстве [Боруленков Ю.П., 2014: 33–39]. Н.Г. Стойко считает, что стадия возбуждения уголовного дела «должна соответствовать первоначальному замыслу законодателя и в существенном реформировании не нуждается» [Стойко Н.Г., 2014:173]. Следует заметить, что позиция ученых, отстаивающих необходимость сохранения стадии как обязательного и неотъемлемого атрибута производства по уголовным делам, неоднородна и в другом: в суждениях некоторых ученых: А.В. Гриненко, Н.А. Подольного, А.А. Тарасова звучат сомнения ввиду значительного количества негативных явлений следственной практики, сопряженных с нарушением прав человека.

Вторая группа предложений направлена на отказ от стадии возбуждения уголовного дела как самостоятельного этапа производства по уголовным делам с предложением о полном реформировании досудебного производства и возвращении к институту следственных судей по образцу Устава уголовного судопроизводства 1864 г. Например, О.Л. Васильев апеллирует в своих трудах к истории следствия, когда судебный следователь в уголовном процессе олицетворял судебную власть, а административную власть — полиция. Оптимальным с его точки зрения решения всего комплекса рассматриваемых проблем является вариант, при котором соблюдаются ясно очерченные границы между дознанием и следствием (следствию в обязательном порядке предшествует дознание

по всем категориям преступлений). О.Л. Васильев убежден в необходимости возврата к институту судебного следователя, считая, что дореволюционная история российского уголовного процесса и зарубежный процессуальный опыт свидетельствуют о жизнеспособности данного варианта организационного построения следственного аппарата [Васильев О.Л., 2017: 334–336]. Безусловно, идея подобного реформирования досудебного производства имеет право на существование. Но будем реалистами: безоговорочный возврат к институту судебных следователей едва ли возможен, поскольку он потребует коренной перестройки многих устоявшихся уголовно-процессуальных институтов.

Сформулированная автором настоящей статьи впервые еще в 1989 году позиция о несостоятельности стадии возбуждения уголовного дела как самостоятельного этапа досудебного производства на научно-практической конференции в Томском университете, встреченная тогда шквальной критикой, ныне оказалась востребованной Ее поддерживает целый ряд ученых (В.В. Бычков, И.С. Дикарев, Б.Я. Гаврилов, В.В. Кожокарь, С.Б Россинский и др.). Однако большинство предлагаемых моделей реформирования досудебного производства не содержит ответа на главный вопрос: каков механизм разграничения поступающих в органы сообщений и заявлений, содержащих признаки преступления и не содержащие таковых, кто и каким образом будет оценивать поступающие в органы сведения, отсеивая информацию, не отвечающую требованиям с точки зрения уголовного закона. Решение этого вопроса отдается на откуп ведомственным инструкциям. Это означает, с одной стороны, возможность административного произвола, а с другой — невозможность обжалования принятого решения в уголовно-процессуальном порядке.

В развитие идеи отказа от стадии возбуждения уголовного дела как самостоятельного этапа уголовного процесса автором статьи была предложена модель, направленная на алгоритмизацию начального этапа досудебного производства и предполагающая последовательность установленных законом процессуальных действий, которые шаг за шагом обеспечивали бы поступательность и логическую продуманность принимаемых решений. В данной модели предусматривается пошаговое движение информации, поступившей в органы предварительного расследования и точная регламентация последовательности процессуальных действий. Алгоритм начального этапа уголовно-процессуального производства должен прежде всего предполагать регулируемость единого порядка приема и регистрации заявлений и сообщений, поступивших в правоохранительные органы. Первым шагом в рамках предлагаемой процедуры должна быть регистрация поступившего сообщения,

четко определенная уголовно-процессуальным законом, но не ведомственными актами. Решение этой задачи в условиях развития цифровых технологий может и должно быть обеспечено специальной компьютерной программой, позволяющей «размежевывать» поступающие сообщения на те, которые указывают на признаки преступления, и на иные сообщения, не подпадающие под эти характеристики. Установка программного обеспечения вместе с тем позволит отслеживать всю цепочку предпринятых должностными лицами процессуальных действий, связанных с приемом и регистрацией сообщений с последующей передачей информации по подследственности.

Следующим шагом в предлагаемом алгоритме должно быть решение следователя (дознавателя) о принятии материалов к производству, которое должно стать собственно началом производства расследования. Отказавшись от возбуждения уголовного дела по факту, приняв материалы к производству, начиная расследование, используя при этом весь возможный инструментарий, с момента получения сообщения (заявления) о совершенном (готовящемся) преступлении и принятия материалов к своему производству, собрав необходимые доказательства причастности лица к совершению преступления, органы предварительного расследования могли бы вынести акт возбуждения уголовного преследования данного лица. Это стало бы третьим шагом в рамках предлагаемого алгоритма действий на начальном этапе производства. Одновременно должен быть изменен коренным образом алгоритм действий прокурора: он не должен быть ходатаем перед руководителями следственных органов разных рангов. Напротив, руководитель следственного органа в случае несогласия с требованиями прокурора об устранении нарушений должен, по логике вещей, обращаться к вышестоящему прокурору, отстаивая и аргументируя свою позицию. Решение вышестоящего прокурора в этом споре должно быть окончательным.

В дискуссиях обсуждается опыт отказа от регламентации стадии возбуждения уголовного дела в странах постсоветского пространства. К примеру, досудебное производство по уголовно-процессуальному закону Латвии начинается принятием постановления, содержащим указание на повод и основание для его начала; краткое описание деяния; указанием на лицо, против которого начат процесс (если таковое известно); учреждение или лицо, которому поручено расследование (ст. 372)[7]. По УПК Эстонии (ст. 193) уголовное судопроизводство начинается путем совершения первого следственного или иного процессуального дей-

[7] Уголовно-процессуальный закон Латвийской Республики (принят 21.04.2005). Available at: URL: http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html (дата обращения: 01.06.2019)

ствия, если для этого имеются повод и основание и отсутствуют обстоятельства, исключающие производство по уголовному делу[8]. Отказ от процессуального порядка возбуждения уголовных дел в бывших советских республиках, Л.В. Головко именует «десоветизацией», подчеркивая при этом, что «стадия возбуждения уголовного дела, с которой якобы должен начинаться уголовный процесс, представляет собой один из самых неудачных рудиментов советского уголовного процесса» [Головко Л.В., 2011: 11].

Нововведения в ряде стран (Украина, Казахстан, Кыргызская Республика), связанные с упразднением стадии возбуждения уголовного дела, юридическая общественность этих стран оценивает неодинаково. Наряду с позитивными акцентами оценки отмечаются и негативные последствия, например: перегрузка следственных органов из-за отсутствия фильтра информации, которая не содержит сведений о событии преступления [Деришев Ю.В., Нурмагомбетов А.С., 2015: 26]. В других случаях отмечается, что произошла лишь замена отказа в возбуждении уголовного дела на его прекращение, обращается внимание на неразрешенность проблемы защиты прав потерпевших и т.п. [Корж В.П., 2013: 170–172].

Многообразие научных позиций, связанных с убежденностью их авторов в необходимости реформирования начального этапа производства по уголовному делу, свидетельствует о серьезных проблемах регламентации досудебного производства. И это требует углубленного анализа обсуждаемых проблем.

Заключение

Нарушение сроков производства, необоснованные отказы возбуждения уголовных дел отдаляют перспективу раскрытия преступления и установление виновного лица, перечеркивая основную цель уголовного судопроизводства, направленную на защиту прав потерпевших. В.С. Шадрин в связи с этим замечает: «Особого внимания прокурора заслуживает обеспечение законности решений органов предварительного расследования об отказе в возбуждении уголовного дела… Анализ практики свидетельствует: мотивами принятия незаконных решений об отказе в возбуждении уголовного дела обычно выступают стремление укрыть преступление от учета, нежелание заниматься трудоемким рас-

[8] Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии (принят 12.02.2003). Available at: https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/.pdf (дата обращения: 01.06.2019)

следованием по уголовному делу, заранее определяемому как не имеющее «судебной перспективы», и т.п. Не исключены случаи и сознательной фальсификации результатов проверки сообщения о преступлении» [Шадрин В.С., 2015: 180–181].

Отказ от стадии возбуждения уголовного дела, препятствующей активному ходу расследования ввиду сохраняющихся ограничений производства следственных действий, даст возможность действовать оперативно, незамедлительно осуществляя производство неотложных следственных действий. Реформирование досудебного производства в этом направлении освободит следователя от дублирования следственных действий, от бесконечного повторения процедур проверочных действий, правовая природа которых законом не определена, что, в свою очередь, оградит лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства на начальном его этапе, от произвола властных субъектов. Возможности следствия действовать оперативно, по горячим следам, дадут больше шансов на обнаружение следов преступной деятельности, нежели бесконечно продолжаемые и продлеваемые под разнообразными предлогами доследственные проверки, не обеспеченные набором действенных процессуальных способов получения доказательственной информации.

Список источников

1. Азаров В.А. О совершенствовании правовых основ (или возможном отмирании» стадии возбуждения уголовного дела) // Библиотека криминалиста. 2014. № 1. С. 20–26.

2. Алексеев С.С. Собрание сочинений. Т. 2: Специальные вопросы правоведения. М.: Статут, 2010. 471 с.

3. Багмет А.М. К вопросу о совершенствовании стадии возбуждения уголовного дела // Библиотека криминалиста. 2014. № 1. С. 27–32.

4. Боруленков Ю.П. О полномочиях прокурора на стадии возбуждения уголовного дела // Библиотека криминалиста. 2014. № 1. С. 33–40.

5. Васильев О.Л. Справедливость на досудебных стадиях уголовного процесса. М.: Юрлитинформ, 2017. 343 с.

6. Головко Л.В. Казахстан: десоветизация уголовного процесса. Отказ от стадии возбуждения уголовного дела // Уголовное судопроизводство. 2011. № 4. С. 10–13.

7. Деришев Ю.В., Нурмагомбетов А.С. Реформа досудебного производства по новейшему уголовно-процессуальному законодательству Республики Казахстан // Научный вестник Омской академии МВД. 2015. № 3. С. 26–29.

8. Дикарев И.С. Модернизация системы досудебного производства в уголовном процессе // Legal Concept–Правовая парадигма. 2017. № 2. С.117–122.

9. Жогин Н В., Фаткуллин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. М.: Гос. изд. юридич. лит., 1961. 207 с.

10. Корж В.П. Проблемы расследования преступлений в условиях нового Уголовно-процессуального кодекса Украины // Актуальные проблемы расследования преступлений: материалы международной конференции (Москва, 2013). М.: Буки Веди, 2013. С. 170–174.

11. Манова Н.С., Францифоров Ю.В. Процессуальная природа деятельности прокурора при окончании досудебного производства // Российский следователь. 2003. № 8. С. 35–37.

12. Полянский Н.Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1960. 212 с.

13. Россинский С.Б. Стадия возбуждения уголовного дела: безоговорочно упразднить либо попытаться понять подлинные причины ее возникновения? // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 6. С. 133–139.

14. Стойко Н.Г. Возбуждение уголовного дела: замысел законодателя и его реализация // Библиотека криминалиста. 2014. №1. С.168–173.

15. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М.: Изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. 624 с.

16. Шадрин В.С. Прокурорская деятельность в стадии возбуждения уголовного дела / Актуальные вопросы прокурорской деятельности: лекции. СПб: Санкт-Петербургский юридический институт Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, 2015. 239 с.

References

1. Azarov V.A. (2014) Improvement of the legal framework (or the possible «death" of stage of initiation of a criminal case. *Biblioteka kriminalista*=Library of Criminalist, no. 1, pp. 20–26 (in Russ.)

2. Alekseev S.S. (2010) Collected works. Vol. 2. Special issues of jurisprudence. Moscow: Statut, 471 p. (in Russ.)

3. Bagmet A.M. (2014) On improving stage of initiating case. *Biblioteka kriminalista*=Library of Criminalist, no. 1, pp. 27–32 (in Russ.)

4. Borulenkov Yu. P. (2014) Powers of the prosecutor at the initiation of a criminal case. *Biblioteka kriminalista*=Library of Criminalist, no.1, pp. 33–39. (in Russ.)

5. Cheltsov M.A. (1948) *The Soviet criminal trial.* Moscow: Izdatelstvo juridicheskoi literatury, 624 p. (in Russ.)

6. Derishev Yu.V., Nurmagombetov A.S. (2015) Reform of pre-trial proceedings according to the recent legislation of Kazakhstan. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD*=Scholar Bulletin of Omsk Academy of the Internal Ministry, no. 3, pp. 26–29 (in Russ.)

7. Dikarev I.S. (2017) Modernization of pre–trial proceedings in criminal proceedings. *Legal Concept, Pravovaya paradigma*=Legal Concept, Legal Paradigm, vol. 16, no. 2, pp. 117–122 (in Russ.)

8. Golovko L.V. (2011) Kazakhstan: de-Sovietization of the criminal process. Refusal from initiation of a criminal case. *Ugolovnoye sudoproizvodstvo*=Criminal Proceedings, no. 4, p. 11 (in Russ.)

9. Korzh V.P. (2013) Investigation in the new Criminal Procedure Code of Ukraine. In: Current issues of crime investigation. Papers of international conference. Moscow: Buki Vedi, pp. 170–174 (in Russ.)

10. Manova N.S., Franciforov Yu. F. (2003) Procedural nature of the prosecutor's activity at the end of pre-trial proceedings. *Rossiyskiy sledovatel'*=Russian Investigator, no. 8, pp. 35–37 (in Russ.)

11. Polyansky N.N. (1960) *An overview of the Soviet doctrine of criminal procedure.* Moscow: Academy of Sciences Press, 212 p. (in Russ.)

12. Rossinsky S.B. (2021) Initiation of a criminal case: unconditionally abolish or try to understand true causes of its occurrence? *Aktual'nyye problemy rossiyskogo prava*=Curremt Aspects of Russian Law, vol. 16, no. 6, pp. 133–139 (in Russ.)

13. Shadrin V.S. (2015) Prosecutorial activity at the stage of initiating case. In: Issues of prosecutorial activity: lectures. Saint Petersburg: General Prosecutor' s Office Law Institute Press, 238 p. (in Russ.)

14. Stoiko N.G. (2014) Initiating case: legislator's plan and its implementation. *Biblioteka kriminalista*= Library of Criminalist, no.1, pp. 168–173 (in Russ.)

15.Vasiliev O.L. (2017) *Justice at the pre-trial stages of the criminal process.* Moscow: Yurlitinform, 343 p. (in Russ.)

16. Zhogin N.V., Fatkullin F.N. (1961) *Initiation of a criminal case.* Moscow: Juridicheskaya literatura., 207 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

Л. М. Володина — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

Information about the author:

L.M. Volodina — Doctor of Sciences (Law), Professor, Honored Jurist of the Russian Federation.

Статья поступила в редакцию 11.03.2024; одобрена после рецензирования 30.04.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 11.03.2024; approved after reviewing 30.04.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2.
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Право в современном мире

Научная статья
УДК: 342
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.215.240

Зарубежный опыт правового регулирования технологии «дипфейк»

Вадим Александрович Виноградов[1], Дарья Владимировна Кузнецова[2]

[1,2] Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20.

[1] vavinogradov@hse.ru, https://orcid.org/0000-0001-8490-2893

[2] dvkuznetsova@hse.ru, https://orcid.org/0009-0003-4059-865x

Аннотация

В последние годы технология «дипфейк» набирает стремительную популярность, развиваясь с необычайной быстротой. С помощью различных приложений каждый может самостоятельно и без особого труда создать фото- видео- или аудио-дипфейки. При этом их использование поднимает различные этические вопросы, связанные с дезинформацией и согласием, и создает риск неправомерного использования, например, в сфере политики, в различных мошеннических схемах. Все это свидетельствует о необходимости выстраивания адекватных моделей нормативного регулирования технологии «дипфейк», создания системы актов, направленных на защиту прав человека, в том числе в цифровой среде, и предупреждения ненадлежащего использования и совершения правонарушений с использованием данной технологии. Вместе с тем, технология «дипфейк» может использоваться и в полезных целях, что ставит перед законодателем довольно сложную задачу по поиску оптимального баланса. Необходимо закрепить эффективную систему правил использования технологии «дипфейк» и ответственности за их нарушение, не создавая при этом труднопреодолимые преграды развитию технологии в целом или не запрещая использование технологии «дипфейк» полностью. В настоящей статье рассматривается опыт США, Китая и Сингапура в сфере правового регулирования технологии «дипфейк» с целью поиска наиболее удачной модели. При всех различиях подходы США и Китая схожи в части принятия специального регулирования, в то время как Сингапур следует иным путем — внесения точечных изменений в законодательство и решения вопросов

© Виноградов В.А., Кузнецова Д.В., 2024

с помощью расширительного правоприменения. Авторы констатируют, что законодательные меры всех стран отражают стремление адаптировать свою правовую систему к вызовам, создаваемым развивающимися цифровыми технологиями. Рассмотренный опыт (при его изучении и адаптации) может быть полезен в создании оптимальной российской модели правового регулирования технологии «дипфейк». Ключевым решением видится необходимость маркировки всех видов дипфейк-контента.

Ключевые слова

дипфейк; искусственный интеллект; фейки; Интернет; маркировка; цифровые технологии; дезинформация; синтетический контент.

Для цитирования: Виноградов В.А., Кузнецова Д.В. Зарубежный опыт правового регулирования технологии «дипфейк» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 215–240. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.215.240

Law in the Modern World

Research article

Foreign Experience in Legal Regulating Deepfake Technology

Vadim A. Vinogradov[1], Daria V. Kuznetsova[2]

[1,2] National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia,

[1] vavinogradov@hse.ru, https://orcid.org/0000-0001-8490-2893

[2] dvkuznetsova@hse.ru, https://orcid.org/0009-0003-4059-865x

Abstract

Deepfake technology has been gaining rapid popularity in recent years, developing at an extraordinary speed. With the help of various applications, anyone can create a photo, video or audio deepfakes on their own and without much difficulty. At the same time, their use raises various ethical issues related to misinformation and consent, and creates a risk of misuse, for example, in the sphere of politics, in various fraudulent schemes. All this indicates the need to build adequate models of legal regulation of deepfake technology, to create a system of acts aimed at protecting human rights, including in the digital environment, and preventing improper use and commission of offences using this technology. At the same time, the deepfake technology can also be used for good purposes, it poses a very difficult task for the legislator to find a balance — it is necessary to fix an effective system of rules for the use of the deepfake technology and responsibility for their violation, without creating difficult to overcome obstacles to the development of technology in general or, without prohibiting the use of deepfake technology completely. The article reviews the experience of the USA,

China and Singapore in the sphere of legal regulation of the deepfake technology in order to find the most successful model. Despite all the differences, the approach of the USA and China is similar in terms of adopting specialized regulation, while Singapore is moving in a different direction — adopting point changes to legislation and addressing issues through extensive enforcement. In any case, it can be stated that the legislative measures of all countries reflect the desire to adapt their legal systems to the challenges posed by emerging digital technologies. The reviewed experience (if it will be taken into account and adapted) may be useful for the creation of an optimal Russian model of legal regulation of the deepfake technology. It is thought that labelling all types of deepfake content is the key solution.

Keywords

deepfake; artificial intelligence; fakes; Internet; labelling; digital technology; disinformation; synthetic content.

For citation: Vinogradov V.A., Kuznetsova D.V. (2024) Foreign Experience in Legal Regulating Deepfake Technology. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 215–240 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.215.240

Введение

Стремительная цифровизация привела к тому, что технология «дипфейк» сегодня доступна каждому желающему. Пройдя довольно быстро и уверенно путь от инструмента развлечения до серьезной технологии, получившей широкое применение в сфере политтехнологий, рекламы, киноиндустрии, дипфейки заняли важную и особую нишу в среде систем искусственного интеллекта (далее — ИИ).

Сам термин «дипфейк» (deepfake) происходит от двух английских слов: deep learning — «глубокое обучение» и fake — «фальшивый». Технически дипфейк означает «реалистичную манипуляцию аудио-, фото- и видеоматериалами с помощью искусственного интеллекта для достижения максимального сходства с подлинными изображениями и звуковыми дорожками. В большинстве случаев в основе метода лежат генеративно-состязательные нейросети (GAN)»[1]. Технологию «дипфейк» определяют как «технологию, использующую искусственный интеллект для создания или редактирования содержимого видео или изображения, чтобы показать что-то, что никогда не происходило» [Young N., 2019: 8]. Концепция генеративно-состязательных сетей была выдвинута в 2014 году Яном Гудфеллоу и его соавторами в одноименной статье. Речь идет о состязательном процессе, когда обучаются две нейросети — генератор (G) и дискриминатор (D). Первая нейросеть ищет данные и генерирует подобные, вто-

[1] Available at: URL: https://rdc.grfc.ru/2020/06/research-deepfake/ (дата обращения: 12.03.2024)

рая среди сгенерированного первой сетью объема ищет несовершенные и подвергает их критике. Генеративная сеть стремится стать лучше в создании данных, в то время как дискриминативная сеть стремится стать лучше в их обнаружении [Goodfellow I. et al., 2014: 2672].

Исследования показывают, что крайне трудно отличить дипфейк от реального видео. Это наглядно иллюстрирует, например, эксперимент, описанный в одной из статей, опубликованных в научном журнале iScience. Испытуемым показали 16 видеороликов, половина из которых была сделана с помощью технологии «дипфейк». В результате бо́льшая часть таких роликов осталась неузнанной. При этом испытуемые были крайне уверены в свои силах и правоте и не сомневались, делая выбор. Это доказывает, что видео, даже сделанные не профессионалами, а в обычных приложениях, доступных к массовому использованию, настолько качественны, что человек без сомнений может воспринять их за достоверные [Köbis N. C., Doležalová B., Soraperra I., 2021: 11]. Для создания дипфейка уже не требуется длительное обучение и огромное количество данных. Уже в 2019 году эксперты отмечали, что «достаточно 10-секундного клипа» [Skibba R., 2020: 724], а с тех пор технологии продвинулись еще дальше.

Простота использования для создания базовых продуктов, появление различных приложений для широкого круга пользователей привели к увеличению рисков ненадлежащего использования, угрозам различных правонарушений с применением технологии «дипфейк». Среди тех, которые лежат на поверхности — порноместь[2], политические инсинуации, политическая дискредитация и введение в заблуждение[3], различные виды мошенничества, подлог аудио-, фото- и видеодоказательств в суде [Pfefferkorn R., 2020: 265][4], обман систем визуализации и т.п. По данным компании Deeptrace[5], дипфейки порнографического содержания составили в 2019 году 96% всего объема дипфейков. На оставшиеся 4% приходились все остальные виды возможного использования[6]. Все это вызывало

[2] Available at: https://www.wired.com/story/most-deepfakes-porn-multiplying-fast/ (дата обращения: 12.03.2024)

[3] Available at: https://edition.cnn.com/2019/05/23/politics/doctored-video-pelosi/index.html (дата обращения: 12.03.2024)

[4] Также см: https://www.telegraph.co.uk/news/2020/01/31/deepfake-audio-used-custody-battle-lawyer-reveals-doctored-evidence/ (дата обращения: 12.03.2024)

[5] Амстердамская компания, специализирующаяся на кибербезопасности, технологии глубокого обучения и компьютерного зрения для обнаружения и онлайн-мониторинга синтетических медиа.

[6] Available at: http://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

беспокойство и стремление законодателей в различных странах отрегулировать прежде всего эту сферу использования технологии «дипфейк».

Дипфейки искажают реальность, заставляя все больше сомневаться, где правда, а где вымысел. Они подрывают доверие к информации в сети, вызывая чувства потерянности, неуверенности и тревоги. Технологии продвинулись настолько далеко, что не составляет труда придумать новый мир, полный новых придуманных событий.

Между тем технология сама по себе не является отрицательной и может использоваться и во благо, она способна помочь решить целый ряд вопросов — например, использовать в кино образы ушедших актеров, которые из-за кончины не успели закончить работу в кинопроекте[7], обеспечить органичный перевод видеороликов на разные языки[8], смоделировать внешность известных исторических личностей и т.п.

В качестве примера можно привести кейс известного американского актера Брюса Уиллиса. У актера было диагностировано заболевание, связанное с повреждением головного мозга, приводящим к расстройству речи. Поэтому Уиллис в 2022 году принял решение продать свой образ компании Deepfake для создания «цифрового двойника»; теперь двойник может участвовать в различных рекламных роликах, фильмах и т.п. вместо болеющего актера, который сам сделать это уже не в состоянии. В рекламе компании «Мегафон» как раз уже участвовал дипфейк–двойник знаменитого актера[9].

Также делаются предложения использовать дипфейки в оперативно-розыскной деятельности для дезинформирования ее объектов [Батоев В.Б., 2023: 72]. Поэтому в контексте правового регулирования было бы ошибкой ставить вопрос о запрете технологии в целом, речь должна идти о создании нормативно-правовых рамок ее правомерного использования на благо человека и общества.

В настоящей работе на примере США, Китая и Сингапура рассмотрен зарубежный опыт правового регулирования использования технологии «дипфейк» с целью поиска оптимальных конструкций и решений и выявления возможности применения их к российской действительности. Данные страны избраны ввиду из высокого технологического развития, что ставит перед законодателями серьезные вызовы при поиске оптимального регуляторного решения для сохранения баланса интересов как технологических компаний, так и рядовых граждан.

---

[7] Available at: URL: https://www.bfm.ru/news/498962 (дата обращения: 12.03.2024)

[8] Available at: URL: https://hightech.plus/2019/04/29/synthesia-kto-i-kak-snimal-dipfeik-klip-s-bekhemom-i-k-chemu-eto-privedet (дата обращения: 12.03.2024)

[9] Available at: URL: https://www.forbes.ru/forbeslife/478431-akter-brus-uillis-prodal-prava-na-svoj-obraz-kompanii-deepfake (дата обращения: 12.03.2024)

1. Правовое регулирование технологии «дипфейк» в США

Данное регулирование в США осуществляется как на федеральном уровне, так и на уровне штатов. Это объясняется устройством государства, которое сложилось исторически. «В американской модели федерализма 50 штатов, образующих Соединенные Штаты Америки, располагают большим объемом независимости и власти. По сути дела США — это страна, состоящая из 51 различного государства: 50 государственных механизмов штатов и отдельного федерального государственного механизма. В каждом из этих механизмов имеется своя правовая система» [Бернам У., 2006: 45].

Значительным шагом стало включение положений о дипфейках в Закон об оборонном бюджете на 2020 год[10] . Посвященные дипфейкам положения подчеркивают серьезность, с которой правительство США относится к угрозам, исходящим от искаженной информации, и их потенциальному влиянию на национальную безопасность и внутриполитические процессы. Раздел 256 NDAA 2020 требовал от министра обороны в течение 180 дней после вступления Закона в силу направить Конгрессу доклад о мерах, принятых для идентификации и противодействия манипуляциям с медиаконтентом. Это включает разработку технологий для обнаружения дипфейков и стратегий для борьбы с манипулятивными материалами, угрожающими национальной безопасности. В Законе подчеркивалась важность взаимодействия Министерства обороны с научным сообществом и промышленностью для разработки методов обнаружения и нейтрализации фальсифицированных медиаматериалов.

Анализ способностей потенциальных противников по созданию и распространению дипфейков назван критически важным для понимания уровня технологического превосходства и разработки соответствующих контрмер. Разделы 5724 и 5709 предусматривали конкурсы для стимулирования разработки технологий автоматического обнаружения машинно-манипулированных медиа и обязывали «разведывательное сообщество» исследовать использования дипфейков за рубежом[11]. Эти меры отражают комплексный подход к проблеме манипулирования информацией, осознание ее масштабов и воздействия на общественное

[10] National Defense Authorization Act (NDAA) — федеральный закон, принимаемый ежегодно и определяющий бюджет Министерства обороны США в соответствующем периоде.

[11] H.R.2500 — National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020. Available at: https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2500/text (дата обращения: 12.03.2024)

мнение и национальную безопасность. Помимо технологических разработок, акцент делался на сотрудничестве различных ведомств и секторов, а также на международной координации реагирования на угрозы, связанные с дипфейками.

Закон об оборонном бюджете на 2021 год (National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021)[12] также содержал положения, касающиеся угроз, связанных с применением технологии «дипфейк», и рекомендаций по мерам для их предотвращения. Важно, что для обозначения дипфейков используются и другие термины — «машинно-манипулированные медиа» (machine-manipulated media), «синтетические медиа» (synthetic media) или «подделки цифрового контента» (digital content forgeries). В отличие от NDAA 2020 года, который требовал от директора национальной разведки отчитываться только об использовании незаконного контента иностранными государствами или их доверенными лицами для подрыва национальной безопасности США, этот Закон поручал Министерству внутренней безопасности (Department of Homeland Security; (DHS) изучать не только как иностранные правительства используют дипфейки для нанесения ущерба национальной безопасности, но и то, как дипфейки используются для « мошенничества», нанесения вреда «уязвимым группам» или нарушения законов о гражданских правах. Министр внутренней безопасности в течение пяти лет должен выпускать ежегодный отчет о «подделках цифрового контента»[13].

В 2023 году Агентство национальной безопасности совместно с ФБР и Агентством кибербезопасности и защиты инфраструктуры (CISA) выпустили информационный листок кибербезопасности (Cybersecurity Information Sheet (CSI) «Контекстуализация угроз дипфейков для организаций». В документе подчеркиваются легкость и масштабность манипуляций киберпреступников с мультимедиа, что опасно для национальной безопасности. Указывается на настоятельную необходимость распознавания технологии «дипфейк» сотрудниками организаций и разработку стратегий реагирования для минимизации их воздействия[14]. Таким образом ведется активная внутриведомственная работа, направленная на привлечение внимания к проблеме дипфейков и предотвращение угроз, с ними связанных.

---

[12] Available at: https://www.congress.gov/116/plaws/publ283/PLAW-116publ283.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[13] Congress's deepening interest in deepfakes. Available at: URL: https://thehill.com/opinion/cybersecurity/531911-congresss-deepening-interest-in-deepfakes/ (дата обращения: 12.03.2024)

[14] Contextualizing Deepfake Threats to Organizations. Available at: URL: https://media.defense.gov/2023/Sep/12/2003298925/-1/-1/0/CSI-DEEPFAKE-THREATS.PDF (дата обращения: 12.03.2024)

Одним из нормативных актов федерального уровня, направленных на решение проблем, возникающих в связи с дипфейками, является Закон об идентификации результатов работы генеративных состязательных сетей (Identifying Outputs of Generative Adversarial Networks Act, IOGAN)[15]. Он признает стремительное развитие сетей GAN и потенциальные последствия их результатов. Закон предписывает Национальному научному фонду и Национальному институту стандартов и технологий (NIST) поддерживать и развивать исследования методов генеративных состязательных сетей. Это необходимо для более глубокого понимания их возможностей и того, как они могут быть использованы как в положительных, так и в отрицательных целях[16].

Одним из важных аспектов Закона является акцент на разработку методов обнаружения дипфейков. Данный Закон поощряет сотрудничество федеральных агентств, частных структур и исследователей. Решение проблем, связанных с GAN и дипфейками, требует согласованных усилий различных секторов общества.

В настоящий момент на рассмотрении Конгресса США находится Закон об ответственности за дипфейки (DEEPFAKES Accountability Act of 2023)[17]. Законопроект инициирован и внесен сенатором от штата Нью-Йорк Иветтой Кларк[18]. Предыдущий одноименный законопроект был внесен в декабре 2019 года, однако не был принят.

Законопроект направлен на «защиту национальной безопасности от угроз, исходящих от технологии «дипфейк», а также на обеспечение правовой защиты жертв вредоносных дипфейков»[19]. Текст законопроекта содержит требование об обязательной маркировке дипфейков. Дипфейки, содержащие аудио- и видео-элементы должны сопровождаться аудиопредупреждением, текстовой информацией и иметь значок, предупре-

[15] Available at: URL: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-116publ258/pdf/PLAW-116publ258.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[16] Congress's deepening interest in deepfakes. Available at: https://thehill.com/opinion/cybersecurity/531911-congresss-deepening-interest-in-deepfakes/ (дата обращения: 12.03.2024)

[17] DEEPFAKES в названии закона является сокращением от Defending Each and Every Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject, полное наименование закона- "Defending Each and Every Person from False Appearances by Keeping Exploitation Subject to Accountability Act of 2023". Подробнее: H. R. 5586 (118th): DEEP FAKES Accountability Act. Available at: https://www.congress.gov/118/bills/hr5586/BILLS-118hr5586ih.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[18] Подробнее о законопроекте: Clarke leads legislation to regulate deepfakes. Available at: https://clarke.house.gov/clarke-leads-legislation-to-regulate-deepfakes/ (дата обращения: 12.03.2024)

[19] Преамбула. H. R. 5586 (118th): DEEP FAKES Accountability Act. Available at: https://www.congress.gov/118/bills/hr5586/BILLS-118hr5586ih.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

ждающий, что аудиовизуальное произведение создано с применением технологии «дипфейк».

Для аудиодипфейков предполагается голосовое информирование перед началом самой аудиозаписи, для фото и видео дипфейков — текстовое уведомление о том, что контент создан с использование технологии «дипфейк» (в виде текста или значка). Нарушение требований об обязательной маркировке для создания злонамеренных дипфейков, включая дипфейки сексуального содержания, связанные с преступной деятельностью, используемые для подстрекательства к насилию и связанные с иностранным вмешательством в выборы признается преступлением, за которое предусмотрено наказание в виде штрафа или лишения свободы до 5 лет[20]. За все остальные виды немаркированных дипфейков будут следовать гражданско-правовые санкции, включая право на частный иск, например, на возмещение ущерба.

Если законопроект будет принят, он потребует от создателей маркировать все дипфейки, загружаемые на интернет-платформы, и делать прозрачными все изменения, внесенные в видео или другой тип контента. Согласно законопроекту, онлайн-платформы, на которых размещается генеративный ИИ-контент, также должны будут показывать происхождение этого контента[21].

Неясно, получит ли законопроект поддержку для принятия. Однако инициатива иллюстрирует желание на федеральном уровне и не секторально, а глобально подойти к регулированию технологии «дипфейк», т.е. сфокусироваться не на отдельных сферах применения дипфейков, а на их «подсвечивании». Это будет препятствовать введению в заблуждение пользователей, в том числе распространению ложной информации.

Что касается законодательства штатов, то в ряде штатов действуют законы, которые призваны ограничить вред от дипфейков в разных сферах. Гавайи, Виргиния, Техас и Вайоминг ввели уголовную ответственность за дипфейки порнографического содержания, а Калифорния и Техас допускают гражданско-правовые иски. В Техасе и Калифорнии также действуют законы, ограничивающие использование дипфейков, которые могут повлиять на политические кампании[22].

---

[20] H.R. 5586. Available at: URL: https://www.congress.gov/118/bills/hr5586/BILLS-118hr5586ih.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[21] Available at: URL: https://abcnews.go.com/Politics/bill-criminalize-extremely-harmful-online-deepfakes/story?id=103286802#:~:text=At%20this%20time%2C%20there%20is,to%20discuss%20possible%20government%20regulation (дата обращения: 12.03.2024)

[22] The Legal Issues Surrounding Deepfakes. Available at: https://www.honigman.com/the-matrix/the-legal-issues-surrounding-deepfakes (дата обращения: 12.03.2024)

Рассмотрим регулирование дипфейков подробнее на примере Калифорнии. Закон AB 602 (Assembly Bill No. 602)[23] направлен на борьбу с дипфейками порнографического содержания и оставляет возможность обратиться в суд, если кто-то без согласия лица создает или распространяет откровенный контент с его изображением. В Законе признается потенциальный вред от использования чьего-либо подобия в откровенном контенте без согласия, что может привести к эмоциональному, репутационному и даже экономическому ущербу. Потерпевший вправе требовать у лица, создавшего контент, возмещения ущерба. Сюда входит любая прибыль, полученная от материалов, созданных и размещенных без согласия, компенсация за эмоциональные страдания и любой другой вред, причиненный распространением таких материалов. Следует подчеркнуть, что хотя Закон AB 602 является важным шагом в решении проблемы дипфейков, он направлен именно на откровенный контент. Для решения других проблем, связанных с использованием дипфейков (дезинформация или мошенничество), необходимо использовать другие правовые средства или будущие законы.

Другой действующий в Калифорнии Закон — AB 730 (Assembly Bill No. 730)[24], признавая возможность влияния дипфейков на выборы, запрещает распространение видео-, аудио- или фотоизображений, направленных на введение избирателей в заблуждение относительно действий или слов кандидата с целью нанесения ущерба его репутации или обмана избирателя, заставив его голосовать за или против кандидата. Закон распространяется на материалы, опубликованные за 60 дней до выборов. Однако если в таких материалах содержится информация, что они подверглись манипуляциям, не являются подлинными и созданы с использованием технологии «дипфейк», это является исключением. Сообщение, призванное предупредить зрителей или слушателей о незаконном характере контента, должно быть четким и заметным. Оно должно быть размещено таким образом, чтобы зрители или слушатели были информированы, что потребляемый ими контент не является подлинным.

Согласно Закону лицо, которому был нанесен ущерб в результате нарушения этих положений, вправе подать гражданско-правовой иск с целью получения судебного постановления, запрещающего распространение дипфейк аудио- или видеоматериалов. Оно также вправе требовать возмещения ущерба от распространителя информации.

---

[23] Available at: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=202120220AB602 (дата обращения: 12.03.2024)

[24] Available at: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB730 (дата обращения: 12.03.2024)

Основной целью AB 730 является защита честности выборов. В политической среде, где общественное мнение может быть изменено вирусным контентом, обеспечение того, чтобы избиратели не были введены в заблуждение с помощью дипфейков, имеет первостепенное значение. Закон признает проблемы, создаваемые дипфейками, и пытается дать избирателям инструменты, позволяющие отличить факт от вымысла.

Однако в США попытки ограничить использование технологии «дипфейк» могут столкнуться с препятствием в виде Первой поправки[25], запрещающей ограничение свободы слова [Joost L., 2023: 312]. Дипфейки допустимо рассматривать как форму самовыражения, что подпадает под защиту Первой поправки. В то же время существует ряд ограничений ее применения, например, клевета или диффамация. Под эти исключения подпадают дипфейки порнографического содержания, созданные и распространяемые без согласия [Blitz M. J., 2020: 167]. Такой сценарий весьма вероятен в свете позиции Верховного суда США, признающего абсолютный характер свободы слова. Это иллюстрирует решение 2013 года по иску Агентства США по международной помощи против Международного альянса за открытое общество (Alliance for Open Society International), в котором процитированы слова верховного судьи Джексона (произнесенные им в прошлом веке): «Если и есть недвижимая звезда в американском конституционном созвездии, так это правило, по которому никакое официальное лицо, высокого или низкого ранга, не может указывать, что является непреложной истиной в вопросах политики, религии или других вопросах, касающихся мнений, или принуждать граждан признаваться в этом на словах и действовать согласно этому убеждению»[26].

Также необходимо подчеркнуть, что платформы, на которых размещаются дипфейки, защищены иммунитетом от судебных исков, связанных со сторонним контентом, размещенным в их онлайн-сервисах, в соответствии с разделом 230 Закона о соблюдении пристойности в Интернете 1996 года (Communications Decency Act)[27].

Дипфейки также стали предметом обсуждения во время забастовки 2023 года, организованной Гильдией актеров (SAG) и Гильдией сценаристов Америки (WGA); обсуждалось использование ИИ и то, как он

[25] Available at: URL: https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript (дата обращения: 12.03.2024)

[26] Supreme Court Stands With NGOs in Landmark Free Speech Ruling. Available at: https://www.huffpost.com/entry/supreme-court-stands-with_b_3474671 (дата обращения: 12.03.2024)

[27] 47 U.S. Code § 230 — Protection for private blocking and screening of offensive material. Available at: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230 (дата обращения: 12.03.2024)

может влиять на кинематографическую отрасль[28]. Была поднята проблема незаконного и противозаконного использования изображений и видеозаписей голливудских актеров, созданных ИИ и используемых без их согласия. В настоящее время ведутся дискуссии о том, чтобы Гильдия продюсеров и различные другие организации занялись регулированием этой проблемы и создали ассоциацию, которая будет следить за ростом числа дипфейков и находить решения для принятия юридических мер по защите интересов актеров[29].

2. Правовое регулирование технологии «дипфейк» в Китае

В 2019 году китайские разработчики выпустили приложение для создания дипфейков — ZAO. Оно сразу стало пользоваться популярностью и завоевало высокий рейтинг в магазинах приложений. Пользователю приложения достаточно было загрузить всего одну фотографию, чтобы уже через несколько секунд стать героем одного из своих любимых фильмов. Для более качественного видео требовалось несколько больше фотографий. Выход приложения вызвал жаркие споры о возможных рисках, связанных, прежде всего, с конфиденциальностью данных, поскольку разработчик изначально указывал в условиях использования, что весь созданный контент хранится на его серверах и является его собственностью. Впоследствии, однако, была добавлена возможность удаления пользователями своего контента без возможности восстановления[30].

Еще одним китайским прорывом является Tencent Cloud AI Digital Human — платформа для создания «цифровых людей», цифровых аватаров, созданных с помощью технологии «дипфейк». Компания Tencent Cloud выпустила свой продукт в апреле 2023 года. Заявлены два сценария возможного использования — «трансляция виртуального изображения с синтезом искусственного интеллекта и голосовое взаимодействие в

[28] Гильдия актеров экрана — Американская федерация артистов телевидения и радио не смогла договориться со студиями о базовой оплате труда и остаточном вознаграждении, а также о регулировании использования этих инструментов с ИИ для защиты работы, созданной человеком, и предотвращения использования цифровых копий актеров без оплаты их труда. Available at: https://amateurphotographer.com/latest/photo-news/hollywood-strikes-and-deepfakes-how-far-will-ai-powered-tools-go/ (дата обращения: 12.03.2024)

[29] Available at: https://easternmirrornagaland.com/ai-deepfake-videos-worry-hollywood-actors-ahead-of-wage-talks/ (дата обращения: 12.03.2024)

[30] Available at: https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2019/09/03/chinese-viral-app-zao-forced-to-backtrack-after-wechat-ban-and-privacy-backlash/ (дата обращения: 12.03.2024)

реальном времени»[31]. Используемые технологии позволяют создать полностью реалистическую цифровую личность. Все это свидетельствует о высоком технологическом прогрессе Китая в вопросах создания искусственно созданного контента.

Опыт Китая, где широко распространена система биометрической идентификации, показывает, что риски неправомерного использования технологии «дипфейк» носят вполне реальный характер. Это, в частности, подтверждает нашумевший в 2021 году взлом группой налоговых мошенников государственной системы распознавания лиц Китая с целью подделки налоговых счетов и наживы на этом[32]. Особое беспокойство вызвало происшествие в апреле 2023 года во Внутренней Монголии — автономном районе КНР. Там некий господин Го, деятель одной из крупных компаний, стал жертвой мошенничества с использованием технологии «дипфейк». После видеочата в сети WeChat (как он думал — со своим другом) он перевел ему 4,3 млн. юаней. Впоследствии выяснилось, что и видео, и голос друга были воссозданы мошенниками с помощью технологии «дипфейк», чтобы ввести жертву в заблуждение и убедить ее перевести деньги. После этого полиция КНР обратилась к гражданам с предупреждением о новом виде мошенничества и призвала быть внимательными, а также вдумчиво относиться к защите персональных данных, прежде всего биометрических[33].

В феврале 2024 года широкий резонанс вызвало финансовое мошенничество с использованием технологии «дипфейк» в Гонконге. Оно привлекло внимание даже не суммой в 25 млн. долл., перечисленных жертвой обмана, а тем, что впервые речь шла об имитации групповой видеоконференции, т.е. жертва общалась по видеосвязи не с одним, а сразу с несколькими «знакомыми», созданными с помощью технологии «дипфейк». На проведенном после инцидента пресс-брифинге полиция Гонконга сообщила о целом ряде афер с использованием систем ИИ; в 20 случаях речь

[31] Tencent Cloud AI Digital Human. Available at: https://www.tencentcloud.com/products/ivh (дата обращения: 12.03.2024)

[32] «Счета-фактуры, выставленные Государственной налоговой администрацией, используются для отслеживания платежей и помогают бороться с уклонением от уплаты налогов. Прокуратура Шанхая объявила, что преступная группа обманула систему проверки личности этой платформы, используя подтасовку личной информации и фотографии высокого разрешения, которые были куплены на черном рынке в Интернете, поэтому ее зарегистрированная подставная компания может выставлять клиентам поддельные налоговые счета». Available at: https://www.scmp.com/tech/tech-trends/article/3127645/chinese-government-run-facial-recognition-system-hacked-tax?module=perpetual_scroll_0&pgtype=article&campaign=3127645 (дата обращения: 12.03.2024)

[33] Available at: https://www.chinadaily.com.cn/a/202305/22/WS646b4fd3a310b6054fad4731.html (дата обращения: 12.03.2024)

шла об использовании фотографий с украденных удостоверений личности для обмана систем распознавания лиц[34].

Успех ZAO осветил создавшуюся в Китае проблему дипфейков и рисков, связанных с их использованием.

Прежде чем рассматривать нормативное регулирование дипфейков в Китае, следует напомнить одну из особенностей китайской правовой системы — относительно небольшое количество законов по сравнению с большим количеством подзаконных актов. Административно-правовые акты являются одним из важнейших источников современного права Китая [Косихина С., Швец А., 2022: 12] и регулируют широкий круг вопросов. «Склонность современного китайского законодателя к малому числу основополагающих интегральных актов и потоку частных нормативов — особенность, корнями уходящая в далекое прошлое китайской истории» [Трощинский П.В., 2016: 45].

В 2020 году ЦК Коммунистической партии Китая издал «План реализации проекта по созданию правового общества (2020-2025 годы)»[35], 6-й раздел которого посвящен управлению киберпространством в соответствии с законом [LiY., 2023: 115]. Пункт 22 данного раздела закрепляет необходимость совершенствования правовой системы в Интернете, которое заключается в распространении законов и нормативных актов на киберпространство и их оптимизации в области информационных онлайн-услуг, а также разработке и развитии мер по регулированию и управлению использованием новых медиаформатов, в числе которых названо применение таких новых технологий, как дипфейки. Это подчеркивает обеспокоенность властей Китая быстротой развития технологий и понимание ими необходимости кибербезопасности. Власти стремятся законодательно отрегулировать деятельность в киберпространстве, подчеркивая, что управление им не должно быть хаотичным и бесконтрольным, оно должно происходить в строгом соответствии с законом.

В ноябре 2022 года Администрацией киберпространства Китая, Министерством промышленности и информационных технологий и Министерством общественной безопасности приняты «Положения об управлении глубоким синтезом информационных сервисов в Интернете», вступившие в силу 10.01.2023[36]. Указанные Положения разработаны

[34] Available at: https://www.scmp.com/news/hong-kong/law-and-crime/article/3250851/everyone-looked-real-multinational-firms-hong-kong-office-loses-hk200-million-after-scammers-stage (дата обращения: 12.03.2024); Available at: https://www.cnn.com/2024/02/04/asia/deepfake-cfo-scam-hong-kong-intl-hnk/index.html (дата обращения: 12.03.2024)

[35] Available at: https://www.gov.cn/zhengce/2020-12/07/content_5567791.htm (дата обращения: 12.03.2024)

[36] Available at: https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2022-12/12/content_5731431.htm (дата обращения: 12.03.2024)

на основе законов «О кибербезопасности», «О безопасности данных», «О защите личной информации», «Об управлении информационными службами Интернета» и других законов и нормативных актов КНР. В Положениях закреплен запрет на использование дипфейков в целях угрозы национальной безопасности и интересам, для нанесения ущерба имиджу нации, посягательства на общественные интересы, нарушения экономического и социального порядка или посягательства на законные права и интересы других лиц.

Отдельно зафиксирован запрет на использование дипфейков для создания, воспроизведения, публикации или распространения ложной новостной информации (ст. 6). Положения отражают национальные особенности и традиции и указывают, что оказание услуг глубокого синтеза должно не только соответствовать законам и другим нормативным актам, но и уважать общественные нравы и этическую мораль, придерживаться правильной политической ориентации, ориентации на общественное мнение и ценностной ориентации, а также способствовать продвижению услуг глубокого синтеза во благо (ст. 4).

Важно отметить, что в отличие от американских, китайские меры регулирования дипфейков направлены на разработчиков программного обеспечения для создания дипфейков и их поставщиков, а не на платформы или пользователей таких программ [Hine E., Floridi L., 2022: 608–609]. Положения устанавливают целый ряд требований для разработчиков и поставщиков. Основным требованием является обязательная маркировка дипфейков. Данный подход нацелен на предотвращение дезинформации и манипуляции общественным мнением, а также на защиту от недобросовестного использования данной технологии в коммерческих или политических целях. Также важным требованием является обязанность поставщика систем глубокого синтеза получить согласие человека, лицо и голос которого подвергаются редактированию[37]. Этот подход отражает уважение к праву на неприкосновенность частной жизни и личных данных.

За нарушение ст. 6 «Положений об управлении глубоким синтезом информационных сервисов в сети Интернет» (устанавливает запрет на распространение ложной новостной информации) в мае 2023 года в Китае задержали человека за распространение фейковой новости о крушении поезда[38].

---

[37] Available at: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/events/chinas-deepfake-regulations/#:~:text=The%20regulations%20prohibit%20the%20use,have%20wide%20latitude%20to%20interpret. (дата обращения: 12.03.2024)

[38] Согласно отчету полиции, подозреваемый использовал ChatGPT для написания самой новости, а также ботов, чтобы новость набрала больше просмотров. Available at: https://rg.ru/2023/05/10/chat-bot-dovel-do-tiurmy.html (дата обращения: 12.03.2024)

Китай стал одной из первых стран, принявших специальное регулирование, направленное на дипфейк-контент. Основу системы регулирования составляет обязательная маркировка, что является важным шагом в борьбе с цифровой дезинформацией. Обязательная маркировка дипфейк-контента будет способствовать повышению прозрачности, что позволит пользователям идентифицировать поддельный контент. Это может значительно снизить риски введения в заблуждение и манипулирования общественным мнением.

3. Правовое регулирование технологии «дипфейк» в Сингапуре

В апреле 2022 г. житель Сингапура Оуэн стал жертвой вымогательства с использованием технологии «дипфейк». Некто получил доступ к телефону и контактам Оуэна и угрожал ему распространением среди его знакомых ролика интимного характера, будто бы с участием Оуэна, созданного с помощью дипфейка. За нераспространение ролика злоумышленник требовал 8000 сингапурских долл. (около 5796 долл. США). В результате видео было распространено, Оуэн подал заявление в полицию и узнал, что некоторые из его друзей столкнулись с аналогичным шантажом[39]. Данный случай привлек к проблеме внимание широких слоев общественности страны.

Высокий уровень технического прогресса вынуждает Сингапур занимать активную позицию в поисках адекватного правового регулирования применения технологии «дипфейк» и распространения в Интернете фальсифицированной информации чтобы оградить права граждан и национальную безопасность. Пример Сингапура интересен отличным от США и Китая подходом. В этой стране пока отсутствует регулирование технологии «дипфейк», законодатель пошел путем принятия общего закона о фейках и точечных изменений в законодательстве, которые позволяют распространить его действие и на дипфейки. При этом в стране большое внимание уделяется развитию новых технологий, и ИИ, в частности, а также защите персональных данных. Основной целью является поиск баланса между стимулированием инноваций и защитой прав граждан.

В 2019 году в Сингапуре принят Закон о защите от ложных сведений и манипуляций в Интернете (Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act, POFMA)[40]. Основной целью POFMA является предот-

[39] Available at: https://news.yahoo.com/singaporean-mans-face-ends-deepfake-171743924.html (дата обращения: 12.03.2024)

[40] Available at: https://www.pofmaoffice.gov.sg/regulations/protection-from-online-falsehoods-and-manipulation-act/ (дата обращения: 12.03.2024)

вращение распространения ложных фактов онлайн, подавление поддержки и противодействие последствиям такого распространения, а также обеспечение исправления или разъяснения ложных утверждений. Учитывая растущие проблемы, связанные с распространением фейков в Интернете, и их потенциальную опасность для общества, POFMA был введен для поддержания общественного доверия. POFMA распространяется не только на письменный контент, но и на «ложные или вводящие в заблуждение» изображения и видео, что позволяет регулировать в том числе и дипфейки. Закон препятствует влиянию ложных сведений на выборы. Таким образом, этот запрет распространим и на использование дипфейк-видеороликов для манипулирования выборами. При этом важно, что мнения, критика, сатира и пародии, как правило, не подпадают под действие POFMA.

Согласно POFMA правительство имеет право отдавать распоряжения об исправлении или удалении контента в Интернете, который оно считает ложным. Любой министр полномочен решать, что является ложью в Интернете и требовать исправления или удаления такой информации. Это реализуется путем выпуска соответствующих предписаний. Лица, получившие предписание в соответствии с POFMA, вправе обратиться к выпустившему его министру с просьбой отменить или изменить его, а в случае отказа обжаловать его в Высоком суде Сингапура. Этот механизм обжалования обеспечивает защиту от возможного превышения полномочий правительства и его членов[41].

Физические и юридические лица, уличенные в нарушении POFMA, могут быть подвергнуты серьезным наказаниям в виде крупного штрафа или тюремного заключения. В то же время отдельные юридические или физические лица, например, действующие от имени правительства Сингапура, освобождаются от выполнения некоторых положений POFMA[42].

Хотя POFMA введен с целью защиты общественных интересов, Закон подвергается критике в связи с возможностью злоупотребления или превышения полномочий со стороны правительства, а также с последствиями для свободы слова. Есть опасения, что Закон может подавить законные дискуссии и инакомыслие [Lee H., Le T., 2023: 304].

Если дипфейки используются для нанесения вреда, например, в случае мошенничества, диффамации или угроз, к ним могут быть применены соответствующие статьи Уголовного кодекса Сингапура (Penal Code

[41] Singapore Fake News Laws: Guide to POFMA (Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act). Available at: https://singaporelegaladvice.com/law-articles/singapore-fake-news-protection-online-falsehoods-manipulation/ (дата обращения: 12.03.2024)

[42] Министр имеет право приказом, опубликованным в Бюллетене (Gazette), освободить любое лицо или группу лиц от любого положения POMFA (ст.61).

1871)[43]. Если речь идет об использовании дипфейков для порномести, то могут быть применимы статьи 377BE и 377BD Уголовного кодекса. Здесь важно отметить, что данные статьи были приняты для борьбы с порноместью в целом, а потому есть целый ряд трудностей в их применении к контенту, созданному с применением технологии «дипфейк». Например, в ст. 377BE основное внимание уделено распространению или угрозе распространения изображений или записей интимного характера, при этом Закон предполагает наличие личной связи между распространителем и жертвой, ожидая, что распространитель будет знать о возможности домогательства или унижения. Когда же распространитель не знаком с жертвой, доказать умысел на унижение или оскорбление становится проблематично.

Другой важный момент — преследованию по Закону подвергается распространитель такого контента, но не создатель, если он не занимается его распространением. Владение порнографией, созданной с помощью технологии «дипфейк», в случае, когда создатель сохраняет материал, криминализирует ст. 377BD. Таким образом, хотя ст. 377BE и 377BD Уголовного кодекса и затрагивают некоторые аспекты проблемы, они не позволяют решать многоплановые и эволюционирующие проблемы, связанные с порнографией, созданной с помощью технологии «дипфейк»[44].

Очевидно, что уголовное законодательство Сингапура в этой части требует совершенствования. Назрело четкое закрепление ответственности не только распространителей и владельцев, но и создателей таких дипфейк материалов. Также требует совершенствования регулирование положений об умысле, особенно когда распространитель не связан с жертвой. Необходимо юридическое признание того, что даже некачественные дипфейки могут нанести значительный ущерб и должны влечь за собой юридические санкции.

К дипфейкам порнографического характера может быть применим Закон о защите от домогательств (Protection From Harassment Act, POHA)[45]. Некоторые его разделы могут быть применимы к порнографическому контенту, созданному с применением технологии «дипфейк». Например, ст. 3 POHA криминализирует преднамеренное преследование, попытки вызвать тревогу или беспокойство у жертвы. Положения данного раздела могут быть применены к создателям или распространителям дипфейков порнографического содержания, если они намере-

[43] Available at: https://sso.agc.gov.sg//Act/PC1871 (дата обращения: 12.03.2024)

[44] Available at: https://lawtech.asia/fake-porn-real-harm-examining-the-laws-against-deepfake-pornography-in-singapore/ (дата обращения: 12.03.2024)

[45] Available at: https://sso.agc.gov.sg/Act/PHA2014 (дата обращения: 12.03.2024)

вались вызвать указанные чувства у жертвы. Это является ключевым моментом, поскольку в случае с дипфейками не всегда можно доказать указанный умысел. В таком случае возможно говорить о применимости ст. 4 POHA, которая аналогична ст. 3, но не содержит требования о наличии умысла [Soon J., 2022: 194]. В данном случае основное внимание уделяется тому, испытала ли жертва указанные выше чувства, что также трудно доказать применительно к дипфейкам порнографического содержания. За нарушение ст. 3 предусмотрено наказание в виде штрафа до 5000 сингапурских долл. или тюремное заключение на срок до 6 месяцев, в то время как за нарушение ст. 4 грозит только штраф в таком же размере.

Еще один возможно применимый состав содержится в ст. 7 POHA — он криминализирует причинение тревоги и беспокойства путем преследования. Однако в данном случае возникает требование о неоднократности действий. Необходимость неоднократного поведения означает, что единичные случаи создания или распространения дипфейков могут быть не охвачены. Тем не менее жертвы, подпадающие под положения указанных статей, могут обратиться с гражданским иском о возмещении ущерба, т.е. существует инструмент компенсации.

Все названные нюансы свидетельствуют о необходимости дальнейшего совершенствования законодательства Сингапура для решения уникальных проблем, встающих в связи с использованием технологии «дипфейк».

Актом, направленным на противодействие вредоносному дипфейк-контенту, также можно считать Закон о безопасности в Интернете (разные поправки) (Online Safety (Miscellaneous Amendments) Act 2022[46]). Его принятие ознаменовало значительный шаг в регулировании онлайн-платформ и обеспечении безопасности пользователей Интернета, особенно детей. Закон внес поправки в Закон о телерадиовещании (Broadcasting Act 1994)[47], возлагая на социальные сети ответственность за защиту пользователей от вреда в Интернете. Управление развития инфокоммуникационных средств массовой информации (Infocomm Media Development Authority, IMDA) получило право отдавать социальным сетям (например, YouTube, TikTok и т.п.) распоряжения об удалении вредоносного контента, например, пропагандирующего членовредительство, сексуальную эксплуатацию детей, терроризм или способного

[46] Available at: https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/38-2022/Published/20221221?DocDate=20221221 (дата обращения: 12.03.2024)

[47] Available at: https://www.imda.gov.sg/-/media/imda/files/regulations-and-licensing/regulations/codes-of-practice/codes-of-practice-media/code-of-practice-for-online-safety.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

разжечь расовую или религиозную ненависть [Manique A.E. et al., 2023: 16]. Соответственно, дипфейки подобного содержания также должны быть удалены.

Нарушителям требований Закона о безопасности в Интернете — платформам социальных сетей грозят штрафы в размере до 1 млн. сингапурских долл., а интернет-провайдеры могут быть оштрафованы на сумму до 500 тыс. сингапурских долл. за неблокировку вредоносных сервисов.

Принятие Закона о безопасности в Интернете свидетельствует о согласованных усилиях правительства Сингапура по проактивному регулированию онлайн-пространства, направленных на решение эволюционирующих проблем безопасности в Интернете при соблюдении баланса между принципами неприкосновенности частной жизни и свободы выражения мнений.

Использование дипфейков в преступных целях также подпадает под действие нового закона, принятого в июле 2023 года — Закона о преступном вреде в Интернете (Online Criminal Harms Act 2023)[48]. Этот Закон наделяет правительство Сингапура дополнительными инструментами для удаления или блокирования контента, если есть подозрение в использовании его в преступных целях. Соответствующие директивы могут даваться физическим и юридическим лицам, провайдерам онлайн-сервисов, провайдерам доступа в Интернет, а также магазинам приложений.

Закон распространяется на юридических и физических лиц независимо от их физического присутствия или ведения бизнеса в Сингапуре или за его пределами. Однако обеспечение соблюдения Закона зарубежными организациями сопряжено с трудностями, и при несоблюдении Закона правительство вправе прибегнуть к судебному преследованию или распоряжению о блокировании доступа. Закон направлен на создание более безопасного онлайн-пространства и предотвращение преступного вреда в Интернете и отражает глобальную тенденцию, когда правительства все чаще ищут способы регулирования онлайн-пространства для пресечения преступной деятельности, балансируя между необходимостью обеспечения безопасности и свободами и преимуществами, предлагаемыми Интернетом.

Законы Сингапура о кибербезопасности (Cybersecurity Act 2018[49]) и о защите персональных данных (Personal Data Protection Act 2012, PDPA)[50]

[48] Available at: https://www.parliament.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/online-criminal-harms-bill-17-2023.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[49] Available at: https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/9-2018/Published/20180312?DocDate=20180312 (дата обращения: 12.03.2024)

[50] Available at: https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012 (дата обращения: 12.03.2024)

также содержат положения, которые могут косвенно относиться к дипфейкам. Например, если данные человека используются без разрешения для создания дипфейка, это может быть признано нарушением правил защиты данных. Следует отметить, что хотя эти нормы направлены на предотвращение злонамеренного использования дипфейков, существует опасение, что они могут быть чрезмерными или неправомерными, а также иметь негативные последствия для свободы выражения мнений. Баланс между предотвращением вреда и защитой свободы слова — проблема, с которой сталкиваются многие страны, занимающиеся этим вопросом.

Нормативным актом, который может быть применен к использованию дипфейков в политической борьбе, является Закон о противодействии иностранному вмешательству (The Foreign Interference Countermeasures Act, FICA)[51]. Принятый в 2021 году FICA направлен на борьбу с иностранным вмешательством во внутренние дела Сингапура через информационные и телекоммуникационные технологии. Меры безопасности включают возможность блокировки вредоносного контента, запрет на использование определенных приложений и технологий, предотвращение распространения дезинформации, а также введение строгих контрольных мер для медиаплатформ и интернет-сервисов, особенно могущих быть использованы в распространении иностранного влияния[52].

Сингапур без сомнения добился успехов в безопасности в Интернете. Принятие POFMA и FICA сделали Сингапур мировым лидером борьбы с дезинформацией в Интернете [Chng K., 2023: 236]. Властям даны широкие полномочия по удалению вредоносного контента. В контексте дипфейков речь прежде всего идет о материалах порнографического содержания, распространяемых с целью причинения вреда жертве, как материального, так и морального. Однако, как признают власти Сингапура[53], предпринятых усилий может быть недостаточно, чтобы успевать за темпами технологического прогресса. Поэтому особую роль выполняют практические решения, которые позволят оперативно удалять вредоносный контент в Интернете, не накладывая при этом чрезмерного бремени на жертв. Крайне важно сосредоточить внимание на правах отдельных лиц в онлайн-пространстве, изучить возможности расширения их прав и защиты от негативных последствий вреда, наносимого в Интернете.

---

[51] Available at: https://sso.agc.gov.sg//Acts-Supp/28-2021/ (дата обращения: 12.03.2024)

[52] Available at: https://www.mha.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/summary-factsheet-on-fica.pdf (дата обращения: 12.03.2024)

[53] Available at: https://www.straitstimes.com/singapore/further-laws-needed-to-protect-victims-of-online-harms-shanmugam (дата обращения: 12.03.2024)

Высокому уровню физической безопасности в Сингапуре должен соответствовать такой же высокий уровень безопасности в сети; страна к этому активно стремится, продолжая совершенствовать меры безопасности в цифровом пространстве. Крайне важно постоянно адаптировать и совершенствовать нормативную базу защиты граждан от этих развивающихся угроз, включая технологию «дипфейк».

Заключение

Технология «дипфейк» позволяет убедительно имитировать голоса и вносить цифровые изменения в фото-, видео- и аудиоматериалы, превращая ложь в кажущийся факт. Стремительное развитие и расширение сферы применения дипфейков, доступность и простота использования самой технологии ввиду появления в широком доступе большого количества различных инструментов для быстрого и удобного создания разнообразного дипфейк-контента привели к увеличению противоправного использования и появлению новых способов манипуляций с помощью синтетического контента. Дипфейки широко используются для создания порнографических материалов, для политической дезинформации, а также мошенничества. При этом технология может использоваться и в полезных целях. Все это подчеркивает необходимость соответствующего правового регулирования и ставит перед законодателем трудную задачу нахождения баланса — с одной стороны, закрепить систему правил использования технологии «дипфейк» и ответственности за их правонарушение, с другой стороны, не создав при этом преграды на пути развития технологии в целом или не запретив использование технологии «дипфейк» полностью.

При регулировании дипфейков, как показывает зарубежный опыт, нахождение и поддержание баланса требуется между существующими в правовой системе ценностями и границами использования новой технологии. Например, в США постоянно стоит вопрос о необходимости обеспечения свободы слова.

Три юрисдикции — США, Китай и Сингапур олицетворяют три разных подхода к решению проблемы.

В США, несмотря на растущее признание проблем, создаваемых дипфейками, нормативная база находится в процессе развития. Сочетаются инициативы штатов, которые реализуются в двух направлениях — запрета использования технологии «дипфейк» для создания контента порнографического содержания без согласия и запрета на использование дипфейков для влияния на выборы, и более широкие федеральные меры, направленные в первую очередь на защиту национальной безопас-

ности. На рассмотрении находится законопроект об ответственности за дипфейки (DEEPFAKES Accountability Act 2023). Подобные инициативы реализованы лишь в нескольких штатах, в остальных регулирование дипфейков отсутствует. Тем не менее в целом США пристально следят за развитием и применением технологии «дипфейк» с целью предотвращения возможных рисков и угроз от ее неправомерного использования.

В Китае с января 2023 года действуют «Положения об управлении глубоким синтезом информационных сервисов в Интернете». Они требуют у поставщиков услуг по созданию контента и пользователей маркировать контент, подвергнутый манипуляциям любого типа. «Положения» также содержат запрет на фейковые новости. Особое внимание уделяется рискам неправомерного использования технологии «дипфейк» и попыткам регулировать ее использование с помощью специального законодательства.

В Сингапуре нет закона, прямо направленного исключительно на регулирование дипфейков, но в Законе о защите от ложной информации и манипуляций (POMFA) закреплено положение о возможности блокировки или удаления контента в связи с освещением ложной информации. Закон о противодействии иностранному вмешательству (FICA) предусматривает меры безопасности, включающие как возможность блокировки вредоносного контента, так и запрет на использование определенных приложений и технологий, предотвращение распространения дезинформации. Целый ряд других законов также может быть применим к случаям противоправного использования технологии «дипфейк».

При всех различиях подходы США и Китая схожи в части принятия специального регулирования, а не общих норм, регулирующих широкий спектр общественных отношений, в сферу регулирования которых можно отнести и дипфейки, а именно специальных нормативных актов, направленных на регулирование дипфейков. В то же время Сингапур, будучи также технологически развитым государством и также имея потребность в решении проблемы, движется пока иным путем — точечных изменений в законодательстве и решения вопросов с помощью расширительного правоприменения. Этот подход видится спорным, поскольку пока нюансы уже существующих конструкций не позволяют охватить полностью весь спектр противоправного применения технологии «дипфейк», что требует или дальнейшего совершенствования действующих норм, или все же принятия отдельного законодательства, направленного на регулирование технологии «дипфейк».

Законодательные меры всех стран отражают стремление адаптировать правовую систему к вызовам, создаваемым развивающимися цифровыми технологиями.

Из зарубежного опыта проистекает выявление дипфейков и их «подсвечивание», которое может быть достигнуто маркировкой. Для выявления дипфейков следует широко внедрять различные программы обнаружения синтетического контента. Такие программы обязательно должны быть в распоряжении государственных органов, СМИ и у различных цифровых платформ. Ключевой мерой является обязательная маркировка всех видов дипфейк-контента. Такие подходы в правовом регулировании дадут возможность предотвратить злонамеренное использование дипфейков, сохранив при этом в целом возможность их использования.

Важна также точность регулирования использования персональных данных при создании дипфейк-контента. Внимания заслуживает опыт Китая и зафиксированная в его «Положениях об управлении глубоким синтезом информационных сервисов в Интернете» обязанность получить согласие лица, биометрические данные которого подвергнутся изменениям в результате применения технологии «дипфейк».

Рассмотренный опыт принесет пользу при создании оптимальной российской модели правового регулирования технологии «дипфейк».

Список источников

1. Батоев В.Б. Об использовании технологии «Deepfake» в оперативно-розыскной деятельности // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2023. № 1. С. 70–76.

2. Бернам У. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. 1216 с.

3. Косихина С.С., Швец А.В. Правовая система КНР. Учебное пособие. Благовещенск: Амурский государственный университет, 2022. 90 с.

4. Трощинский П.В. Правовая система Китая. М.: Наука, 2016. 472 с.

5. Blitz M.J. Deepfakes and Other Non-Testimonial Falsehoods: When Is Belief Manipulation (Not) First Amendment Speech. Yale Journal of Law & Technology, 2020, vol. 23, pp. 161-300.

6. Chng K. Falsehoods, Foreign Interference, and Compelled Speech in Singapore. Asian Journal of Comparative Law, 2023, no. 2, pp. 235–252. doi:10.1017/asjcl.2023.9

7. Goodfellow I.J. et al. Generative Adversarial Nets. In: Advances in Neural Information Processing Systems. Montreal: University Press, 2014, pp. 2672-2680. Available at: https://leimao.github.io/downloads/blog/2017-12-26-Going-into-GANs/Ian-Goodfellow-GANs.pdf (дата обращения: 15.02.2024).

8. Hine E., Floridi L. New deepfake regulations in China are a tool for social stability, but at what cost? Nature Machine Intelligence, 2022, vol. 4, pp. 608–610.

9. Joost L. The Place for Illusions: Deepfake Technology and the Challenges of Regulating Unreality. University of Florida Journal of Law and Public Policy, 2023, vol. 33, no. 2, pp. 309–332.

10. Köbis N.C., Doležalová B., Soraperra I. Fooled twice: People cannot detect deepfakes but think they can. iScience, 2021, vol. 24, issue 11, pp. 1–17.

11. Lee H., Lee T. Between two Acts: competing narratives, activism and governance in Singapore's digital sphere. Internet Histories, 2023, vol. 7, no. 4, pp. 295–312. https://doi.org/10.1080/24701475.2023.2232214

12. Li Y. Implementing Rule of Law Concept in the Digital Sphere: China's Experience. Legal Issues in the Digital Age, 2023, vol. 4, no. 4, pp. 114–133. https://doi.org/10.17323/2713-2749.2023.4.114.133

13. Manique A.E. et al. Industry approaches in handling online exploitation of children: A comparative study of the policy, guidelines and best practices in Malaysia, Singapore and Australia. Cogent Social Sciences, 2023, vol. 9(2), pp. 1–25. https://doi.org/10.1080/23311886.2023.2241713.

14.Pfefferkorn R. "Deepfakes" in the courtroom. Boston University Public Interest Law Journal, 2020, vol. 29, no. 2, pp. 245–276.

15. Skibba R. Media Enhanced by Artificial Intelligence: Can We Believe Anything Anymore? Engineering, 2020, vol. 6, issue 7, pp. 723–724. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eng.2020.05.011.

16. Soon J. A comparative analysis of legislative protection from harassment: a view from Singapore. Oxford University Commonwealth Law Journal, 2022, vol. 22, no. 2, pp. 177–204. https://doi.org/10.1080/14729342.2022.2109272

17. Young N. Deepfake technology: complete guide to deepfakes, politics and social media. North Charleston (S.C.): Independently published, 2019, 160 p.

References

1. Batoev V.B. (2023) Using "deepfake" technology in operational-search activities. *Juridicheskaya nauka i praktika*. *Vestnik nizhegorodskoi akademii MVD*=Legal Science and Practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of Internal Ministry, no. 1, pp. 70–76 (in Russ.)

2. Blitz M. J. (2020) Deepfakes and other non-testimonial falsehoods: when is belief manipulation (Not) First Amendment speech. *Yale Journal of Law & Technology,* vol. 23, Fall, pp. 161–300.

3. Burnham W. (2006) Legal system of the USA. Moscow: New Justice, 1216 p. (in Russ.)

4. Chng K. (2023) Falsehoods, foreign Interference, and compelled speech in Singapore. *Asian Journal of Comparative Law*, no. 2, pp. 235–252. doi:10.1017/asjcl.2023.9

5. Goodfellow I. J. et al. (2014) Generative adversarial nets. In: Advances in Neural Information Processing Systems. Montreal: University Press, pp. 2672–2680.

6. Hine E., Floridi L. (2022) New deepfake regulations in China are a tool for social stability, but at what cost? *Nature Machine Intelligence*, no. 4, pp. 608–610.

7. Joost L. (2023) Place for illusions: deepfake technology and the challenges of regulating unreality. *University of Florida Journal of Law and Public Policy,* vol. 33, no. 2, pp. 309–332.

8. Köbis N.C., Doležalová B., Soraperra I. (2021) Fooled twice: people cannot detect deepfakes but think they can. *iScience*, vol. 24, issue 11, p. 103364. DOI: https://doi.org/10.1016/j.isci.2021.103364.

9. Kosikhina S.S., Shvets A.V. (2022) Legal system of the PRC: textbook. Blagoveshchensk: Amur State University, 90 p. (in Russ.)

10. Troshchinsky P.V. (2016) Legal system of China. Moscow: Nauka, 472 p. (in Russ.)

11. Lee H., Lee T. (2023) Between two Acts: competing narratives, activism and governance in Singapore's digital sphere. *Internet Histories*, vol. 7, no. 4, pp. 295–312. DOI: https://doi.org/10.1080/24701475.2023.2232214

12. Li Y. (2023) Implementing rule of law concept in the digital sphere: China's experience. *Legal Issues in the Digital Age,* no. 4, pp. 114–133. DOI: https://doi.org/10.17323/2713-2749.2023.4.114.133

13. Manique A.E. et al. (2023) Industry approaches in handling online exploitation of children: a comparative study of policy, guidelines and best practices in Malaysia, Singapore and Australia. *Cogent Social Sciences*, no. 2. DOI: https://doi.org/10.1080/23311886.2023.2241713

14. Pfefferkorn R. (2020) "Deepfakes" in the courtroom. *Boston University Public Interest Law Journal,* vol. 29, no. 2, pp. 245–276.

15. Skibba R. (2020) Media enhanced by artificial intelligence: can we believe anything anymore? *Engineering*, vol. 6, issue 7, pp. 723–724. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eng.2020.05.011.

16. Soon J. (2022) A comparative analysis of legislative protection from harassment: a view from Singapore. *Oxford University Commonwealth Law Journal,* no. 2, pp. 177–204. DOI: https://doi.org/10.1080/14729342.2022.2109272

17. Young N. (2019) Deepfake technology: complete guide to deepfakes, politics and social media. North Charleston (S.C.): Independently published, 160 p.

Информация об авторах:

В.А. Виноградов — доктор юридических наук, профессор.

Д.В. Кузнецова — LL.M, ведущий эксперт.

Information about the authors:

V.A. Vinogradov — Doctor of Sciences (Law), Professor.

D.V. Kuznetsova — LL.M, Senior Expert.

Статья поступила в редакцию 06.03.2024; одобрена после рецензирования 30.04.2024; принята к публикации 30.04.2024.

The article was submitted to editorial office 06.03.2024; approved after reviewing 30.04.2024; accepted for publication 30.04.2024.

Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2 .
Law. Journal of the Higher School of Economics. 2024. Vol. 17, no 2.

Научная статья
УДК: 339.5
DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.241.266

Опыт «свободных зон» Китайской Республики (Тайвань), или истоки маркировки «made in Taiwan»

Роман Алексеевич Шепенко

Московский государственный институт международных отношений МИД Российской Федерации (МГИМО), Россия 119454, Москва, просп. Вернадского, 76, r.shepenko@inno.mgimo.ru, https://orcid.org/0009-0003-2303-9637

Аннотация

Начиная с 1960-х годов многие государства стали создавать территории со специальным режимом предпринимательской деятельности. Они называются по-разному, но в их основе лежит концепция свободной зоны, в пределах которой ввезенные товары считаются находящимися вне пределов таможенной территории государства. Учреждение свободных зон часто не приносит ожидаемых результатов. Проблема состоит, в частности, в том, что принятие нормативного акта, предусматривающего освобождение от фискальных и иных платежей, не является основным условием привлечения иностранных инвестиций. Выявление совокупности факторов и определение значения правового регулирования важны с теоретической и практической точек зрения. Наиболее известными и часто упоминаемыми являются особые экономические районы КНР, но материковый Китай не был первопроходцем. Именно на Тайване были созданы первые в Азии районы экспортной переработки. Их специфика состоит в активной роли государства и в том, что иностранные инвестиции использовались, прежде всего, как источник передачи технологий. Тайвань добился больших успехов в экономике и заметную роль в этом сыграли районы экспортной переработки. Основываясь на исходных данных о создании и показателях таких районов, автор настоящей статьи предпринимает попытку комплексного рассмотрения законодательства и практики Тайваня, включая его обязательства в рамках Всемирной торговой организации, а также идентификации условий, обеспечивающих достижение целей создания свободной зоны. В исследовании использовались сравнительно-правовой и формально-логический методы. Установлено, что отсутствие сырья и материалов, а также доступный объем рынка не являются определяющими факторами для районов экспортной переработки. Сделан вывод, что роль узаконений в процессе

© Шепенко Р.А., 2024

привлечения иностранных инвестиций ограничена. Отсутствие в международном договоре прямых указаний не означает исключения из правового регулирования. Статус непризнанного государства и отсутствие дипломатических отношений не оказывают отрицательного влияния на районы экспортной переработки.

Ключевые слова

свободные зоны; районы экспортной переработки; технологические промышленные парки; привлечение инвестиций; стимулирование экспорта; налоговые льготы; субсидии; Тайвань.

***Для цитирования*:** Шепенко Р.А. Опыт «свободных зон» Китайской Республики (Тайвань), или истоки маркировки «made in Taiwan» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 2. С. 241–266. DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.241.266

Research article

The Republic of China (Taiwan) «Free Zones» Experience, or Origin of «Made in Taiwan» Tags

Roman A. Shepenko

MGIMO, 76 Vernadsky Avenue, Moscow 119454, Russia,

r.shepenko@inno.mgimo.ru, https://orcid.org/0009-0003-2303-9637

Abstract

Starting from the 1960s, many states began to create territories with a special business regime. They are called differently, but they are based on the concept of a free zone, within which imported goods are considered located outside the customs territory of the state. The establishment of free zones often does not bring the expected results. The problem lies in particular in the fact that the formal existence of a regulatory act providing for exemption from fiscal and other payments is not the main condition for attracting foreign investment. Identifying a set of factors and determining the significance of legal regulation is important from a theoretical and practical point of view. The most famous and frequently mentioned are the special economic areas of the People's Republic of China, but mainland China was not a pioneer. It was in Taiwan that the first export processing areas in Asia were established. Their specificity lies in the active role of the state and in the fact that foreign investments were used primarily as a source of technology transfer. Taiwan has made great strides in the economy and export processing areas have played a significant role in this. Based on the initial data on the creation and indicators of such areas, in this article attempts to comprehensively consider the relevant legislation and practice of Taiwan, taking into account its obligations under the WTO, as well as the identification of conditions that ensure the achievement of the goals of creating a free zone are given. Comparative legal and formal logical methods were used in the study. It has been established that the lack of raw materials, as well as the available market volume, are not determining factors for export processing areas. It is concluded that the role of regulatory act in the process of attracting foreign investment is limited. The

absence of direct instructions in an international treaty does not mean an exception to legal regulation. The status of an unrecognized state and the absence of diplomatic relations do not have a negative impact on the export processing areas.

Keywords

free zones; export processing zones; technological industrial parks; attract investment; export promotion; tax incentives; subsidies; Taiwan.

***For citation*:** Shepenko R.A. (2024) The Republic of China (Taiwan) «Free zones» Experience, or Origin of «Made in Taiwan» Tags. *Law. Journal of the Higher School of Economics,* vol. 17, no. 2, pp. 241–266 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.2.241.266

Введение

С целью привлечения иностранных инвестиций и стимулирования экспорта государства создают территории, на которых действует специальный режим предпринимательской деятельности. В основе такого режима лежит концепция свободной зоны.

Существуют различные термины и табличные данные, связанные с этой концепцией и ее проявлениями. В п. E1/F1 гл. 2 Специального приложения D к Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киото, 1973 г.) определено, что свободная зона — это часть территории договаривающейся стороны, в пределах которой помещенные туда товары обычно рассматриваются как находящиеся за пределами таможенной территории в отношении ввозных пошлин и налогов. Всемирный банк предпочитает использовать словосочетание «специальные экономические зоны» (англ. special economic zones) в качестве обобщающего термина; они обычно определяются как географически разграниченные территории, управляемые одним органом, предлагающие стимулы (как правило, беспошлинный импорт и упрощенные таможенные процедуры) предприятиям, которые физически расположены в пределах зоны[1].

Свободные зоны появились давно, но сегодня они совсем другие, нежели в прошлом. Характерной чертой публикаций о свободных зонах является указание в качестве примера на греческий остров Дилос, который, как утверждается, в 300-х годах до н.э. был одним из самых богатых островов в мире в течение века [Morales G., 2018: 168].

Исторические данные о свободных зонах требуют отдельного анализа, в том числе в части правовых основ специальных режимов предпринимательской деятельности. Недаром некоторые из таких данных ста-

[1] Special Economic Zones Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development. The World Bank, 2008. P. 2.

вятся под сомнения. Например, в отношении учрежденной в 1947 году в Пуэрто-Рико специальной экономической зоны утверждается, что статус американской колонии предполагает рассмотрение этой модели как навязывание империи [Kiely R., 2020: 54].

Первая современная свободная зона была создана в Шенноне (Ирландия) в 1959 году. По состоянию на 2006 год свободных зон было около 3 500 в 130 государствах [Shadikhodjaev S., 2018: 116]. Широкую известность в России получила созданная в 1985 году свободная экономическая зона Джабаль-Али (Дубай). В силу налоговых и тарифных льгот она интересна как с точки зрения крупного бизнеса, учреждающего в Эмиратах аффилированные компании, так и для обывателей, активно приобретавших в начале 2023 года японские автомобили.

В истории права России были примеры создания свободных зон. Во исполнение ст. LIX Берлинского трактата 1878 г., завершившего русско-турецкую войну, в 1881 году был создан порто-франко Батум; правда, императорским указом 1886 года этот режим был упразднен [Эйхельманъ О., 1887: 309]. В СССР не было свободных зон и, наверное, закономерно, что отечественная правовая школа не уделяла внимания территориям со специальным режимом предпринимательской деятельности, на что указывают, в частности, единичные и эпизодические упоминания даже в изданных в разные годы юридических словарях. По всей видимости, точкой отсчета современной истории правового регулирования свободных зон следует считать Постановление Верховного Совета РСФСР 1990 года № 106-1 «О создании зон свободного предпринимательства», после которого были приняты разные нормативные акты и создавались территории со специальным режимом предпринимательской деятельности. При этом в начале 1990-х гг. были и злоупотребления в виде формальной регистрации лишь местонахождения.

По данным Министерства экономического развития Российской Федерации, в России в настоящее время функционируют 50 особых экономических зон (31 промышленно-производственная, 7 технико-внедренческих, 10 туристическо-рекреационных и 2 портовые). За 18 лет работы в них зарегистрировано 1 128 резидентов, среди которых 123 компании с участием иностранного капитала из 36 государств. На начало 2023 года общий объем заявленных инвестиций составил 6 трлн. рублей, вложенных инвестиций — более 989 млрд. руб., было создано более 66 000 рабочих мест (заявлено к созданию 184 000), уплачено 368 млрд. руб. налоговых платежей, таможенных отчислений и страховых взносов[2].

[2] См.: Министерство экономического развития России. Приоритетные направления. Особые экономические зоны. Available at: URL: https://www.economy.gov.ru/material/directions/ regionalnoe_razvitie/instrumenty_razvitiya_territoriy/osobye_ekonomicheskie_zony/ (дата обращения: 16.01.2024)

С формированием массива правовых предписаний тема территорий со специальным режимом предпринимательской деятельности привлекла к себе внимание отечественных исследователей. Причем, как и в случае с греческим островом Дилос, появились примеры в виде таможенного склада в Бутове, созданного в преддверии Олимпиады 1980 года, правда, также без раскрытия нормативных основ и правоприменительной практики [Жериборов Д.С., Князева Е.Г., 2019: 247].

В целом на сегодня рассматриваемая тема характеризуется значительным количеством различных по уровню ее академических разработок, есть и основательные диссертации [Гончаренко И.А., 2023: 18–25]. Однако констатировать, что относящиеся вопросы всесторонне или надлежащим образом раскрыты, а тема исчерпана, пока нельзя.

В связи с этим интересен опыт Китайской Республики, более известной как Тайвань. Несмотря на небольшую площадь территории (сопоставимую с Ярославской областью) и отсутствие большого количества природных ресурсов, это непризнанное государство добилось значительных успехов во многих сферах, в том числе в части экономической открытости внешнему миру.

Предметом настоящего исследования является законодательство Тайваня о привлечении инвестиций и стимулировании экспорта и практика его применения на примере районов экспортной переработки, а также международные договоры с участием Тайваня. На территории Тайваня был создан первый в Азии район экспортной переработки. Правовой основой специального режима предпринимательской деятельности в таких районах стали Правила 1965 года «О создании и управлении районами экспортной переработки»[3].

В качестве гипотезы можно предположить, что роль собственно узаконений в процессе привлечения инвестиций и стимулировании экспорта ограничена; международные договоры с участием Тайваня не содержат положений о районах экспортной переработки, хотя отсутствие прямых указаний не всегда означает исключения из регулирования. Теоретическая основа исследования образована данными о создании и показателях районов экспортной переработки, содержащимися в иностранных исследованиях. Исходя из критерия количества ссылок на публикации, лидерами здесь выступают работы тайваньских политиков Ли Гуодина (Kuoting Li) и Сюэ Ци (Chi Schive). Авторы различных исследований иногда

[3] Использованы нормативные акты на сайте Министерства юстиции Китайской Республики (法務部). Available at: https://www.moj.gov.tw; Министерства экономики (經濟部). Available at: https://www.bip.gov.tw/english/formdownload.aspx?pageid= bb4b6204eec4862f (дата обращения: 16.01.2024)

называют относящиеся к привлечению инвестиций и стимулированию экспорта нормативные акты Тайваня, но без анализа их содержания; есть примеры рассмотрения положений о налоговых и тарифных льготах в контексте таможенного права [Tsai E., Hung J., 2010: 220–222].

На английском языке соответствующие нормативные акты Тайваня называются статутами; применительно к аналогам в Гонконге используется английский термин «ordinance»[4]. На китайском языке в их названиях использованы иероглифы «條例», которые следует переводить именно как «правила». Аналогичные уточнения необходимы и в отношении терминологии, используемой для идентификации свободных зон.

1. Предпосылки и результаты создания районов экспортной переработки

С 1970-х годов, прежде всего в странах Восточной Азии и Латинской Америки, свободные зоны создавали для привлечения инвестиций в трудоемкие производства транснациональных корпораций в государствах, уходящих от политики импортозамещения в сторону роста, обусловленного экспортом [Orum A.M., 2019: 2012]. Преференциальная политика занимает центральное место в специальном режиме предпринимательской деятельности на территории свободной зоны. В Азиатско-Тихоокеанском регионе активное предоставление налоговых и тарифных льгот началось с середины 1940-х годов, а специальные режимы особенно интенсивно стали развиваться с конца 1960-х годов.

Система налоговых и тарифных льгот развивалась и усложнялась в соответствии с эволюцией экономической политики государств. Справедливо отмечено, что поиск методов и рычагов воздействия на экономику для реализации общенациональных задач и целей развития закономерно привел государства к активному использованию мер налогового регулирования, которые расцениваются как важное средство подключения частного капитала к решению проблем индустриализации, структурной модернизации экономики, повышения эффективности производства и занятости [Муранова А.П., 1987: 108].

Преференциальную политику проводили в Индонезии, Малайзии, Таиланде, Филиппинах и в других государствах [Уткин Э.А., 1965: 51–52]. Как правило, она выражалась во временном освобождении от уплаты налога на прибыль и от косвенных налогов. Тайвань не был исключением в этом процессе, и его опыт показателен, поскольку именно здесь был создан первый в Азии район экспортной переработки.

[4] См.: Hong Kong e-Legislation. English Subject Index to Ordinances. Available at: URL: https://www.elegislation.gov.hk/index/en/subject (accessed: 05.02.2024)

Такие районы определяются обычно описательно, в частности, как учрежденные с целью стимулирования экспорта, сконцентрированные на предоставлении экспортерам всех производственных возможностей в одном месте, а также ослаблении таможенных процедур для внешнеторговой деятельности предприятий в зонах [Soundarapandian M., 2012: 139]. Районы экспортной переработки предназначены для переработки импортированных сырья и материалов в готовые товары для экспорта. Импорт освобожден от пошлин и налогов, но в отличие от известных туристам магазинов беспошлинной торговли (duty-free), в районах экспортной переработки не допускается розничная продажа товаров или их потребление на месте. Для районов экспортной переработки не имеет значения доступный объем рынка государств, на территории которых они созданы, так как осуществляемая на их территории деятельность ориентирована на внешние рынки.

В основе содержания правового режима района экспортной переработки лежит оффшорность, не ассоциируемая с налоговым избежанием, при которой действие подлежащих применению правовых норм ограничено в пространстве. Подобная относительная изолированность представляет собой исключение из некоторых общих правил. Если базовые отрасли права (государственное, гражданское и уголовное) подлежат применению в общем порядке, то административное право — с некоторыми изъятиями.

Создание на территории Тайваня районов экспортной переработки осуществлялось в рамках экспортоориентированной стратегии, пришедшей на смену импортозамещению. В 1949 году с утратой контроля над материковой частью Китая правительство Китайской Республики переехало на остров Тайвань. Есть предположение, что после эвакуации основополагающим изменением экономической стратегии партии Гоминьдан было возросшее внимание к роли частного сектора. В исследованиях констатируется: «Показательным дирижизмом в рамках планирующей бюрократии было усилие, направленное на соответствие новой ситуации через обнародование инициатив» [Aberdach J., 2015: 81]. В 1954 году на Тайване были приняты Правила «Об инвестициях иностранных граждан», а на следующий год — Правила «Об инвестициях китайцев, проживающих за рубежом». Эти правила позволили инвесторам использовать иностранную валюту для импорта сырья и материалов, но значение данных нормативных актов было ограничено в связи с долго сохранявшейся политико-правовой неопределенностью статуса Тайваня.

Районы экспортной переработки были созданы на Тайване после многолетних внутренних споров. Идея возникла в 1956 году, и прошло

10 лет до утверждения предложения и фактического создания первого района экспортной переработки [Gangopadhyay P., 2005: 124]. Оппоненты утверждали, что районы экспортной переработки создадут неравное игровое поле между иностранными и местными фирмами, будут эксплуатировать дешевый тайваньских труд и разрушать суверенитет из-за экстерриториальной природы районов [Kapstein E.B., 2022: 54]. Многие видные деятели Тайваня сомневались, сможет ли легкая промышленность быть конкурентоспособной на международных рынках. Более того, была оппозиция и со стороны военных, которые хотели развивать только связанную с обороной тяжелую промышленность, и со стороны бюрократии, которая не соглашалась делегировать существенную часть своих полномочий [van Hoesel R., 2013: 53].

Военно-политические гарантии существования Тайваня обеспечивали Соединенные Штаты. С 1951 по 1965 годы Тайвань получал также американскую экономическую помощь; общий объем финансирования составил 1 444 млн. долл. США [Ширли В.Ю. Го., 1999: 31]. Можно предположить, что американцы были прямо заинтересованы в изменениях, поскольку не могли бесконечно субсидировать экономику острова. Завершение программы помощи и исчерпание потенциала стратегии импортозамещения свели на нет первоначальные дискуссии о рисках связанных с созданием районов экспортной переработки. Как отмечено выше, с 1965 года действуют Правила «О создании и управлении районами экспортной переработки». Вместе с Правилами 1960 года «О поощрении инвестирования» они ознаменовали переход к экспортоориентированной экономической стратегии.

Первый район экспортной переработки был создан в Гаосюне в 1966 году. Такие же районы создали в 1970 году в Тайчжуне и в 1971 году в Нантзе. Иногда в публикациях можно встреть указание на 1965 год, как на год создания первого района экспортной переработки, но это обусловлено датой принятия соответствующего нормативного акта. По словам Ли Гуодина, районы экспортной переработки Тайваня были развитием концепции зоны свободной торговли. Это инновация по двум направлениям: район имел интегрированное, упрощенное управление, и он был изначально ориентирован на производство для экспорта (вместо переработки, которая была бы продолжением сопутствующей деятельности по перевалке) [Kuo-ting Li., 1995: 160].

По прошествии относительно непродолжительного периода при сохранении неопределенности политического положения Тайваня реализация концепции районов экспортной переработки дала первые положительные результаты. К 1975 году в районах экспортной переработки функционировала 291 компания, совокупный объем инвестиций соста-

вил 177 млн. долл. США, а доля районов в экспорте Тайваня — 8,5%. В 1985 году количество компаний уменьшилось до 252, но объем инвестиций вырос до 398 млн., при доле в экспорте в 6,1%. В 1993 году в данных районах действовали 233 компании, объем инвестиций составил 914 млн., а доля в экспорте — 5,1%. В 2005 году количество компаний возросло до 401, а объем инвестиций составил 6 817 млн. долл. США, при доле в экспорте Тайваня в 4,0% [Yu Z., 2014: 173].

Среди первых инвесторов в районы экспортной переработки, которые помогли заложить основы современной тайваньской промышленности, были известные корпорации «Хитачи» и «Шарп» а также компании «Нитто Денко», «Дженерал инструмент микроэлектроникс», «Кэнон». 70% инвестиций в районы экспортной переработки в период с 1966 по 1980 годы были иностранными и 53,7% из них — японскими. Инвестиции из Японии были нацелены на рынок США, который в 1979 году получал 42% всех продуктов районов экспортной переработки Тайваня [Nester W., 1989: 94]. Считается, что маркировка «Made in Taiwan» стала заменять «Made in Japan» [Curry J., 1998: 28].

Районы экспортной переработки способствовали росту занятости населения Тайваня, использованию квалифицированного (пусть и низкооплачиваемого) труда. В начале 1970-х годов в районе экспортной переработки Гаосюн были заняты 44 620 человек [Metzler J., 2017: 64]. По данным Сюэ Ци, в конце 1970-х годов в трех названных районах работали 80 000 человек [Schive C., 1999: 38–39]. В 1988 году этот показатель достиг 90 876, что составило 3,2% общего количества работников производства Тайваня. Основным вкладом районов экспортной переработки был сектор электроники — около 70% инвестиций и 64% рабочих мест [Wilkinson B., 2020: 121].

В районах экспортной переработки высок уровень женского труда, что характерено для производственного сектора (сборочных операций) всех «азиатских тигров», к которым помимо Тайваня относятся Гонконг, Сингапур и Южная Корея. Хотя есть исследования социалогов о тяжелом положении молодых женщин-работниц, но отмечается, что это «не систематическое и не критическое развитие экономического эффекта районов экспортной переработки» [Frank S., Mei-chu W., 2015: 95].

Считается, что со временем выгоды от деятельности в районах экспортной переработки были размыты, так как инвестиционная политика за их пределами стала более либеральной [Haggard S., 1990: 201]. Результаты создания районов экспортной переработки можно оценивать по-разному и сегодня они выглядят, возможно, не так значимо как ранее. Однако стоит напомнить, что в 1971 году принимается резолюция Генеральной ассамблеи ООН № 2758 (XXVI), в соответствии с которой

признаются права КНР и прекращаются официальные отношения Тайваня с другими государствами. Несмотря на столь ощутимую дипломатическую неудачу, усугубленную в 1973/1974 годах энергетическим кризисом с сильным вздорожанием энергоносителей, экономика Тайваня сохранила прежние темпы роста с низким уровнем инфляции. Интересно, что, хотя Соединенные Штаты согласились с позицией Пекина, согласно которой Тайвань — это неотъемлемая часть КНР, США продолжили обеспечивать Китайской Республике такие торговые выгоды, как режим наиболее благоприятствуемой нации и общая система преференций, хотя Китайская Народная Республика с ее централизованной социалистической экономикой в то время не получала ничего подобного.

Новый статус Тайваня как непризнанного государства, прекращение дипломатических отношений с ним и провозглашение государствами, установившими дипломатические отношения с КНР, приверженности политике «одного (континентального) Китая», не оказало отрицательного влияния на приток инвестиций в районы экспортной переработки. Районы экспортной переработки Тайваня стали моделью для многих развивающихся стран. В 1970 году зона экспортной переработки была создана в городе Масане (Южная Корея) и в провинции Батаан на Филиппинах. В 1973 году была создана зона экспортной переработки электроники Сантакруз в Индии. Зону экспортной переработки, созданную в Тан Тхуане (Вьетнам) в 1992 году, называют «запоздалым студентом тайваньской модели» [Jie C., 2002: 132].

Такие районы позднее были образованы в КНР, где принципиальное и самое раннее решение о создании особых экономических районов было принято ЦК КПК в 1979 году по инициативе Дэн Сяопина; правовой основой стало постановление Постоянного комитета ВСНП 1980 года «Об утверждении Правил “Об особых экономических районах в провинции Гуандун”». После этого КНР создала различные типы территориальной внешнеэкономической открытости КНР; в китайской литературе встречается указание на 13 типов[5]. Распространение специальных районов порождало и отрицательные последствия в виде «перегрева» экономики КНР, что явилось причиной запрета на создание новых «зон развития» без предварительного одобрения центром [Мозиас П.И., 1995: 226].

Американскую помощь Тайваню 1950-х годов и приток иностранных инвестиций в его экономику в 1960–1980-х годах не считают главными факторами стабильного развития [Шиловцев С.И., 1994: 198], одна-

[5] 中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例手册 / 游飞主编. (2001) [Руководство по применению положений Закона КНР о китайско-иностранных совместных предприятиях / ред. Ю. Фэй — на кит. языке] 中. 中国商业出版社, 第690-692 页.

ко можно предположить, что успех районов экспортной переработки способствовал сглаживанию потенциально негативных последствий утраты внешнего источника финансирования и формированию экономического статуса Тайваня как одного из «азиатских тигров». Не будет преувеличением утверждать, что политика стимулирования экспорта была действительно движущей силой модернизации экономики Тайваня. Внешняя торговля составляла примерно 96% валового национального продукта и в 1991 году Тайвань занял 14-е место в списке государств мира по объемам торговли [Gee S., 1994: 78]. Примечательно, что в начале 1990-х бизнесмены из Тайваня начали делать инвестиции даже в экономику континентального Китая [Lin C., 2021: 13], юридически не признающего Китайской Республики.

О сегодняшнем уровне экономического развития Тайваня и значении его экономики свидетельствует, в частности тот факт, что, по оценкам информационного агентства Блумберг, возможный конфликт из-за Тайваня может обойтись мировой экономике примерно в 10 трлн. долл. США, что составляет около 10% глобального ВВ [6]. Международный валютный фонд Тайвань классифицирует современный Тайвань как одно из 42 государств с развитой экономикой[7]. По данным специалистов Всемирной торговой организации, у Тайваня высокое положительное сальдо торгового баланса: в 2022 году общий объем импорта товаров составил 435 835 млн. долл. США, а экспорта — 477 778 млн.[8]

Эти данные полезно сравнить с показателями других государств, также получавших помощь США и создавших свободные зоны. Например, в Грузии за тот же 2022 год общий объем импорта товаров составил 13 548 млн. долл. США, а экспорта — 5 583 млн. В данном примере необходимо делать поправки: площадь Грузии больше, но населения у нее меньше, чем у Тайваня; современная история Грузии начинается позже (Акт о восстановлении государственной независимости принят в 1991 году) и т.п. Однако даже с такими поправками разрыв между двумя указанными странами велик.

Возможно, некоторые достижения Тайваня были обусловлены географической близостью Японии, переносом сборочных операций на

[6] См.: Biden and the $10 Trillion Cost of War Over Taiwan. Available at: URL: https://www.bloomberg.com/news/features/2024-01-09/if-china-invades-taiwan-it-would-cost-world-economy-10-trillion?srnd=premium-europe (accessed: 16.01.2024)

[7] См.: IMF. Country Composition of WEO Groups. Available at: URL: https://www.imf.org/en/ Publications/WEO/weo-database/2023/April/groups-and-aggregates (accessed: 16.01.2024)

[8] См.: WTO. WTO Stats Dashboard. Available at: URL: https://stats.wto.org/dashboard/merchandise_en.html (accessed: 16.01.2024)

Тайвань и глобальным ростом потребления электронной продукции, но это, конечно, лишь один из факторов. Роль свободных зон в сотворении так называемого «экономического чуда Тайваня» (Taiwan miracle) по праву может стать темой отдельного исследования. При этом интересна и политическая составляющая вопроса в свете военного положения, сохранявшегося на Тайване почти до конца 1980-х годов.

Районы экспортной переработки Тайваня привлекали иностранные компании, которые вкладывали капиталы поставляли новую технологию и создавали рабочие места. Помимо этого, операции в районах экспортной переработки были выгодны с экономической точки зрения, поскольку отсутствующее на Тайване сырье и материалы ввозились из-за границы. Прямые иностранные инвестиции использовались на Тайване прежде всего как источник передачи технологии, и никогда не допускалось, чтобы у зарубежных инвесторов образовались сильные позиции в производственных секторах [Kucuk A., 2008: 93].

Гонконг и Сингапур сохранили большинство функций свободных портов, но в Сингапуре были и промышленные зоны. Однако в секторе производства Сингапура доминировали транснациональные корпорации и местные компании игнорировались. Тайвань и Южная Корея проводили регулируемую государством промышленную политику с ограниченной ролью иностранного капитала в большей степени, чем Сингапур или Гонконг. Они стали пионерами в использовании географических районов, в которые привлекались прямые иностранные инвестиции в том числе благодаря преференциальной политике. Технологии и процессы распространялись на внутренний рынок, так как предприимчивые местные бизнесмены вначале изучали секреты коммерческого успеха внутри районов экспортной переработки, а затем воспроизводили их за пределами районов [Garver J., 2016: 370].

Таким образом, в некоторых случаях свободные зоны способствуют распространению положительной практики на остальной территории государства. Есть ряд известных всему миру тайваньских компаний, которые были созданы в период бурного роста экономики страны. Примером является учрежденная в 1987 году компания «TSMC» — на сегодня это крупнейший в мире производитель полупроводниковых микросхем.

Оценка достижений, связанных со свободными зонами, предполагает сопоставление результатов. После распада СССР, наверное, все бывшие советские республики также предпринимали попытки восприятия опыта других государств с созданием свободных зон. В источниках и литературе можно встретить многочисленные указания на данные попытки, но, как правило, все ограничивалось заявлениями о перспективах. Создание свободных зон не приносило многим государствам заметных

результатов, поскольку для успеха требуется несколько составляющих, и преференциальная политика является лишь одной из них. Реклама иногда приносит известность автору проекта, но не самому проекту. Провозглашение специальных режимов предпринимательской деятельности на отдельных территориях без учета совокупности необходимых условий иллюстрирует примитивизм правового регулирования и управления.

Нельзя сказать, что Тайвань начал с чистого листа. Многие местные политические деятели и предприниматели получили образование за границей, прежде всего в Северной Америке. Тайваньские бизнесмены приобрели большой организационный и иной опыт, сотрудничая с американскими военными; Тайвань был одним из поставщиков вооруженных сил США и их главной ремонтной базой во время затяжной Индокитайской войны (1965–1975 годы) [Garver J., 2013: 2]. Это означает, что многие тайваньские компании основательно познали иностранную коммерческую практику, что немаловажно.

Успех Тайваня в привлечении иностранных инвестиций в районы экспортной переработки объясняется различными факторами. Во-первых, на Тайване была квалифицированная рабочая сила. При этом иностранные компании проводили и ее дальнейшее обучение [Copper J., 2009: 159]. Квалифицированная рабочая сила — очень важная составляющая успеха. Например, о Грузии турецкие исследователи отмечали, что инвесторы не могут найти в ней квалифицированных и образованных работников [Gürsoy F., Kursun O., 2008: 78]. Подобные заявления требуют дополнительного анализа, но, вероятно, они недалеки от истины, поскольку в первые пять лет независимости Грузию покинуло более 1 млн. человек, многие известные предприятия, такие как Потийский судоремонтный завод, прекратили существование, а проект свободной промышленной зоны на территории порта так и не принес ожидаемых результатов.

Во-вторых, давая налоговые и тарифные льготы, правительство Тайваня уделяло много внимания и улучшению инфраструктуры: бесперебойному снабжению территорий электричеством, газом, водой и т.п. По некоторым данным, даже здания для фирм власти выделяли по субсидированным ставкам [Oatley T., 2015: 184]. В справочной информации о территориях со специальным режимом обязательно содержатся данные о сделанном государством, равно как и на сайтах специальных зон есть указания о доступной инфраструктуре («обнесенной единым ограждением»), но дорожные указатели и «бизнес-проекты» с передачей имущества во временное пользование на данной территории не являются показательными для полноценной оценки действительного вклада государства.

В-третьих, власти Тайваня разрешали делать прямые иностранные инвестиции только в нескольких секторах экономики. Приток капиталовложений был подчинен процедуре утверждения и ограничен в основном производственным сектором до середины 1980-х годов. Целью этой процедуры были гарантии, что прямые иностранные инвестиции принесут стране пользу и не будут угрожать интересам национального капитала. В начале 1990-х годов было ограничено инвестирование в сектор услуг и в строительную промышленность [Tu J., 1997: 63]. Возможно, благодаря этому, в отличие от КНР, поощрение Тайванем иностранных инвестиций не имела таких отрицательных последствий, как конкуренция из-за налоговых льгот, в результате которой создание территорий со специальным правовым режимом развития вышло из-под контроля центра [Shirk S., 1994: 41–42].

2. Правовое регулирование районов экспортной переработки

Роль узаконений в процессе привлечения инвестиций и стимулирования экспорта скромна, но отмечаются удобства «одного окна» административного утверждения [Brautigam D., 1995: 168], а также то, что импортно-экспортные процедуры и документация значительно упрощены, а затраты на них снижены [Wan-A., 2001: 32]. В Правила «О создании и управлении районами экспортной переработки» неоднократно вносились изменения (10 раз, в период с 1965 по 2010 годы). В итоговой редакции они состояли из 32 статей, некоторые из которых имели префиксы. Правом на создание районов по ст. 1 наделена Исполнительная палата (правительство) Китайской Республики; на основании ст. 4 Правил Министерство экономики создало отдел управления районами экспортной переработки.

Нормы Правил не подлежат применению на остальной территории государства. Правила следует считать специальным законом. В ст. 2 установлено, что в части, не предусмотренной этими правилами, подлежат применению другие относящиеся положения национального законодательства. В Правилах нет определений, но в ст. 3 перечислены виды деятельности, подпадающей под понятие «бизнес в районе».

Положения о фискальных и иных платежах рассредоточены по различным статьям Правил. Освобождения перечислены в ст. 13: импортируемые машины и оборудование освобождаются от налогов на импорт, на товары и налога с оборота; от таковых освобождаются также сырье, топливо, сырьевые товары, полуфабрикаты, образцы, животные и растения и готовая продукция для перевалки в торговых и складских предприятиях; фабрика, недавно построенная в районе экспортной пе-

реработки, здания, выделяемые администрацией инвесторам, освобождаются от налога на сделки.

Этот перечень показывает, что преференциальная политика для районов экспортной переработки выражается в освобождении от фискальных и иных платежей. Помимо положений о налоговых и тарифных льготах в Правилах «О создании и управлении районами экспортной переработки» есть еще несколько упоминаний фискальных и иных платежей; в целом соответствующие нормы весьма лаконичны.

Без правовых основ привлечение инвестиций и стимулирование экспорта невозможно, но принятие нормативного акта, даже составленного на высоком уровне юридической техники, еще не означает, что он будет востребован и применен. Встречающиеся в отечественных диссертациях выносимые на защиту положения, в которых обосновывается чуть ли не непременное внесение изменений в законодательство и уточнение терминологии для достижения того или иного экономического результата, в определенной степени не верны. Создание правовых основ — это всегда один из факторов, но далеко не первый.

Районы экспортной переработки Тайваня, в свою очередь, также не единственный механизм, который был использован для привлечения инвестиций и расширения экспорта. В частности, с 1980 года функционирует Научный парк Синьчжу. Его правовые основы образованы Правилами 1979 года «О создании и управлении научными парками». В 2004 году созданы районы свободной торговли в порту Килунг, а в 2005 году — в порту Гаосюн. Правовой основой их функционирования являются Правила 2003 года «О создании и управлении портовыми районами свободной торговли». В названных нормативных актах также содержатся положения об освобождениях от уплаты фискальных и иных платежей.

Таким образом, есть основания говорить о комплексном подходе властей Тайваня к правовому регулированию привлечения инвестиций и стимулированию экспорта. Эта комплексность характеризуется не только совокупностью нормативных актов, лежащих в основе различных механизмов, но и имеет несколько других проявлений. Вертикальное проявление состоит в том, что Правила «О создании и управлении районами экспортной переработки» наделяют полномочиями Министерство экономики Тайваня, в том числе на принятие инструкций о применении самих правил (ст. 31). Соответственно, правовое регулирование не ограничено только названными правилами. Есть еще ряд нормативных актов.

Горизонтальная комплексность предполагает применение нескольких нормативных актов, содержащих положения в том числе о налоговых и тарифных льготах. Действие норм о специальных режимах предприни-

мательской деятельности ограничено в пространстве, и предписания не пересекаются, но они не изолированы от правовой системы и являются ее частью. Соответственно, при рассмотрении, например, преференциального режима Тайваня необходимо знать не только положения гл. 3 Закона 1967 года «О таможенных пошлинах».

Практически в любой сфере государственного управления самостоятельный блок правового регулирования составляют международные договоры. Исторически Тайвань (ранее — Формоза) находился на периферии принудительного открытия рынков Китая внешнему миру. В ст. XI Тяньцзинского мирного договора 1858 г. Тайвань был среди городов Китая, в которые британские подданные могли приезжать и торговать. В действующих двусторонних соглашениях Тайваня свободные зоны практически не упоминаются. Единичным примером является Соглашение Китайской Республики и Республики Македония о создании свободной экономической зоны в Скопье (Скопье, 2000 г.), но, по имеющейся информации, через два года после подписания оно утратило силу.

По всей видимости, это обусловлено вступлением Македонии во Всемирную торговую организацию в 2003 году. В документах этой международной организации встречается упоминание о нарушении ст. 3.1(а) Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам (Марракеш, 1994 г.), поскольку расположенные в свободных экономических зонах Республики Македония фирмы должны экспортировать определенный процент своей продукции[9].

Благодаря поддержке Штатов и Евросоюза годом раньше Македонии членом ВТО стал и Тайвань. Норма п. 4 ст. 16 Соглашения об учреждении ВТО (Марракеш, 1994 г.) требует, чтобы каждый участник обеспечил соответствие своих законов и подзаконных актов (административных решений) обязательствам, вытекающим из договоров, прилагаемых к данному соглашению. Таким договорам подчинены многие вопросы, в том числе связанные с налоговыми и тарифными льготами.

В отличие от Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур, термин «зона» в документах ГАТТ (Женева, 1947 г., Марракеш, 1994 г.) не используется. Исключение составляет упоминание Марокко как зоны Франции в Приложении В. Это упоминание сопоставимо с оговорками о зоне Панамского канала, содержащимися п. 4 ст. XXVI и ст. XXVII Договора между США и Китайской Республикой (Тайвань) о дружбе, торговле и навигации (Нанкин, 1946 г.).

В документах ГАТТ применяется термин «территории свободной

[9] См.: Additional Questions and Replies / WTO. Working Party on the Accession of the Former Yugoslav Republic of Macedonia. WT/ACC/807/12. 2001, 12 Jan.

торговли» (free-trade areas). В п. 8 (b) ст. XXIV определено, что под территорией свободной торговли понимается группа из двух или более таможенных территорий, на которых были отменены пошлины и другие ограничительные торговые правила для значительной части всей торговли между составными территориями в отношении товаров, происходящих с этих территорий. Примером территории свободной торговли может служить АСЕАН, участниками которой являются 10 государств; из «азиатских тигров» — Сингапур. Входящие в эту ассоциацию Индонезия, Малайзия, Таиланд и Филиппины одними из первых в Азии стали использовать налоговое регулирование для привлечения иностранных инвестиций.

Под зонами свободной торговли (free trade zones) понимаются огороженные, свободные от пошлин территории, предоставляющие возможности складирования, хранения и распространения товаров для торговли, перевалки и реэкспорта [Miryala R., 2015: 357]. В ст. 3 Правил «О создании и управлении портовыми районами свободной торговли» указано, что такой район — это район, утвержденный Исполнительной палатой, в пределах контролируемого района международного аэропорта или международного морского порта или на прилегающей территории с целью внутренней и внешней коммерческой деятельности, при которой комплексная система отслеживания товаров связана с контролируемым районом.

Принципиальная разница состоит в том, что под территориями свободной торговли понимаются несколько таможенных территорий, а под зонами (районами) свободной торговли — часть таможенной территории.

Значение терминов, используемых при идентификации свободных зон, может различаться на разных уровнях правового регулирования. Как и в случае со свободными зонами, для идентификации районов экспортной переработки Тайваня в публикациях на английском языке традиционно используется слово «zone» и аббревиатура «EPZ»; это относится и к документам ВТО. В документации на китайском языке применяется иероглиф «區», упрощенным вариантом которого является иероглиф «区». Первое значение этих иероглифов — район, а второе — зона. Эти иероглифы применены и для указания на автономные районы КНР, и на ее особые административные районы Сянган (Гонконг) и Аомынь (Макао). Принимая во внимание нормы международных договоров, использование слова «зона» не во всех случаях уместно и верно.

Отсутствие в международном договоре прямых указаний не всегда означает исключение из регулирования. В п. 1.1(ii) ст. 1 Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам определено, что субсидией считается финансовое содействие, оказываемое правительством или лю-

бым государственным органом в пределах территории государства, в частности, когда правительство отказывается от взимания или не взимает причитающиеся ему доходы (например, налоговые льготы, такие, как зачет налогов). В силу ст. 3.1(а) Соглашения субсидирование, увязанное по закону или фактически в качестве единственного или одного из нескольких условий с результатами экспорта, включая перечисленные в Приложении I, запрещается. Правовой режим районов экспортной переработки может быть рассмотрен в контексте этих положений Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам.

При вступлении Тайваня в ВТО специальный режим районов экспортной переработки подвергся всесторонней ревизии. Обращает на себя внимание обсуждение двух вопросов[10].

Вопрос первый — налоговые и тарифные льготы для товаров, непосредственно не включенных в состав экспортируемого товара. Как следует из п. 95 доклада рабочей группы, позиция Тайваня по данному вопросу основана на том, что приложение I к Соглашению по субсидиям и компенсационным мерам не содержит требования о физическом включении в экспортируемый товар исходных ресурсов. Освобождение от уплаты налогов предприятий районов экспортной переработки также распространяется на предприятия, расположенные за пределами таких районов, независимо от того, экспортировали они свою продукцию или нет. Следовательно, эта практика не является специфической субсидией, равно как она не зависит от результатов экспорта.

Вопрос второй — подчинение обычным налогам, тарифам и другим пограничным мерам продаж товаров на внутреннем рынке. Иностранным компаниям изначально не разрешали продавать их товары на внутреннем рынке, но в последующем эта политика была пересмотрена [Copper J., 2014: 123]; с конца 1980-х годов компании получили право поставлять товары и на внутренний рынок после уплаты налога на товары. В п. 93 доклада рабочей группы указано, что товары, поступившие на внутренний рынок, составляли 3,4% общего объема производства районов экспортной переработки в 1994 году, 6,7% в 1997 году, 8,19% в 1998 году и 11,34% в 2000 году.

Таможенные пошлины применяются к таким товарам на базисе цены «франко-завод» за вычетом добавленной стоимости, полученной в результате производственной или перерабатывающей деятельности в районах экспортной переработки. Другие налоги взимаются без вычета. Эта

[10] См.: Report of the Working Party on the Accession of the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu / WTO. Working Party on the Accession of Chinese Taipei. WT/ACC/TPKM/18. 2001, 5 Oct.

практика совместима с требованиями Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам.

Таким образом, влияние международных договоров на правовое регулирование свободных зон ограничено. Создание таких зон и осуществление на их территориях предпринимательской деятельности подчиненны преимущественно национальному праву. Право Всемирной торговой организации — один из немногих примеров обратного, в том смысле, что оно оказывает влияние на предусмотренные законодательством положения.

Несмотря на внедрение новых механизмов привлечения инвестиций и расширения экспорта, районы экспортной переработки Тайваня по-прежнему функционируют, и их количество возросло, что указывает в том числе на их экономическую жизнеспособность и полезность. Со временем концепция свободных зон была расширена для охвата не только изготовления товаров, но и хранения, распространения и других услуг. Согласно данным сервисного центра «Inves Taiwan», на сегодняшний день в данной стране функционируют 10 районов экспортной переработки[11].

История законодательства Тайваня о привлечении инвестиций и стимулировании экспорта насчитывает почти 70 лет, и сфера эта динамична. Как и налоговое законодательство она не кодифицирована, что позволяет вовремя вносить изменения в нормативные акты. Ранее названные Правила «Об инвестициях иностранных граждан» и Правила «Об инвестициях китайцев, проживающих за рубежом» до сих пор остаются в силе, но в них неоднократно вносились изменения.

Правила «О поощрении инвестирования» действовали до 1990 года, когда их сменили Правила «О модернизации промышленности». В 2010 году они были заменены Правилами «О промышленных инновациях» и в них уже несколько раз вносились поправки. В 2021 году аналогичный правовой «ребрендинг» претерпели и Правила «О создании и управлении районами экспортной переработки». Они изложены в новой редакции и называются теперь Правилами «О создании и управлении научно-техническими промышленными парками». Количество статей увеличено и теперь их 42. Отдел управления районами экспортной переработки назван в ст. 5 новой редакции правил Управлением промышленными парками. Положения об освобождениях от фискальных и иных платежей перенесены в ст. 21. Примечательно, что иероглиф «區» (рус. — район, зона) по-прежнему фигурирует в названии.

[11] См.: Inves Taiwan. Export Processing Zones. Available at: https://investtaiwan.nat.gov.tw/ showPageeng249?lang=eng&search=249 (accessed: 16.01.2024)

Новое название использовано и в уведомлении, направленном Тайванем в Комитет ВТО по субсидиям и компенсационным мерам в 2023 году[12]. В нем, в частности, указано, что в 2021 году было 715 одобренных предприятий парков, а в 2022 году — 745. В эти годы общая стоимость импорта составила 329 121 и 392 742 млн. тайваньских долл. соответственно. Общая стоимость экспорта — 466 382 и 594 022 млн.

Заключение

Несмотря на негативное значение термина «зона» в русском языке и его плохую совместимость со словом «свободная», с точки зрения экономики «свободная зона» означает территорию государства, на которой действуют специальные режимы предпринимательской деятельности. Центральное место в таком режиме занимают налоговые и тарифные льготы.

Свободные зоны необходимо отличать от налоговых оазисов (гаваней) и их аналогов, применительно к которым преференциальный режим также является системообразующим. Они являют собой небольшие государства или отдельные территории, в которых не установлены общепринятые фискальные и иные платежи или их ставки низкие, и которые под влиянием отрицательных оценок, даваемых государствами (гипотетически с плохим управлением и сомнительными нравами), не согласными с юридическими реалиями, обычно критикуются за свою налоговую политику.

В отличие от налоговых оазисов (гаваней), юридические реалии свободных зон обычно не критикуются на академическом и политическом уровнях, но находятся под пристальным вниманием государств и территорий с целью недопущения использования субсидий.

Законодательство о привлечении инвестиций и стимулировании экспорта динамично. Его состав может быть расширен за счет внедрения новых механизмов, и в нормативные акты регулярно вносятся изменения, содержание которых может стать темой отдельного исследования.

Свободные зоны в целом и районы экспортной переработки, в частности, в определенной степени исключены из правового пространства государства и, возможно, в силу этого они, по общему правилу, подчинены международно-правовому регулированию косвенно. ВТО не запрещает создания районов экспортной переработки, но ограничивает их субсидирование.

---

[12] См.: New and Full Notification Pursuant to article XVI:1 of the GATT 1994 and article 25 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures / WTO. Committee on Subsidies and Countervailing Measures. G/SCM/N/401/TPKM. 2023, 16 June.

Комплексное правовое регулирование привлечения инвестиций и стимулирования экспорта на Тайване имеет вертикальное и горизонтальное проявления. Действие различных правовых норм о специальных режимах предпринимательской деятельности ограничено в пространстве, и предписания не пересекаются, но они не изолированы от правовой системы. С точки зрения юридической техники релевантные нормы нельзя охарактеризовать как сложные.

Избирательность налоговых и тарифных льгот имеет объяснение, связанное с необходимостью обеспечения публичных доходов, но специальный режим предпринимательской деятельности подрывает авторитет права. Эффективное применение упрощенных правил на отдельно взятой территории государства указывает на избыточность регулирования на остальной части правового пространства. Соответственно, отдельные упрощенные правила могут и должны быть общими, а не специальными.

Специфика районов экспортной переработки Тайваня состоит в активной роли государства и в том, что прямые иностранные инвестиции использовались прежде всего как источник передачи новых технологий. Статус непризнанного государства, отсутствие дипломатических отношений и провозглашение государствами, установившими дипломатические отношения с КНР, приверженности политике «одного Китая» фактически не оказывают отрицательного влияния на районы экспортной переработки. Они как бы исключены и из общего политического пространства.

Тайваньский опыт создания свободных зон интересен и государствам постсоветского пространства, включая непризнанные и в первую очередь имеющие выход к морю, например, Абхазии. Нормативный акт, предусматривающий освобождение от фискальных и иных платежей, необходим, но это не единственное условие успеха создания территории со специальным режимом предпринимательской деятельности. Отсутствие сырья и материалов не является определяющим фактором привлечения инвестиций и стимулирования экспорта. Не имеет значения и доступный объем внутреннего рынка, так как районы экспортной переработки ориентированы на внешние рынки.

Список источников

1. Гончаренко И.А. Правовой режим зон льготного налогообложения: особенности и тенденции развития (на примере РФ и США): дис. … д. ю. н. М., 2023. 324 с.

2. Жериборов Д.С., Князева Е.Г. Особые экономические зоны в СССР и Российской Федерации (1980–2018). Научный диалог. 2019. № 3. С. 246–260.

3. Мозиас П.И. Привлечение иностранных инвестиций. В кн.: Китайская Народ-

ная Республика в 1993–1994 гг. Политика, экономика, культура. М.: Восточная литература, 1995. С. 223–232.

4. Муранова А.П. Налоговое регулирование и стимулирование частнокапиталистического предпринимательства в странах АСЕАН. В кн.: Александров Ю.Г., Барышникова О.Г. и др. Юго-Восточная Азия. Развитие капитализма. М.: Наука, 1987. С. 105–124.

5. Уткин Э.А. Финансы и кредит стран Азии, Африки и Латинской Америки. М.: УДН, 1965. 204 с.

6. Шиловцев С.И. Рыночная модернизация в Восточной Азии: опыт Тайваня. В кн.: Современный Тайвань. Отв. ред. П.М. Иванов. Иркутск: Улисс, 1994. С. 177–194.

7. Ширли В. Экономическая политика Тайваня. М.: Муравей-Гайд, 1999. 160 с.

8. Эйхельман О. Хрестоматия русского международного права. В 2-х ч. Ч. 1. Киев: Университетская тип., 1887. 458 с.

9. Aberdach J. The Role of the State in Taiwan's Development. L.: Routledge, 2015, 416 p.

10. Brautigam D. The State as Agent: International Development in Taiwan, 1952-1972. In: Asian Industrialization and Africa: Studies in Policy Alternatives to Structural Adjustment. H. Stein (ed.). N.Y.: Springer, 1995, 284 p.

11. Chi S. How Was Taiwan's Economy Opened up. The Foreign Factor in Appraisal. In: The Political Economy of Taiwan's Development into the 21st Century: Essays in Memory of John C.H. Fei. Cheltenham: Edward Elgar, 1999, 338 p.

12. Copper J. Historical Dictionary of Taiwan (Republic of China). Boulder (Col.): Rowman & Littlefield, 2014, 438 p.

13. Copper J. Taiwan: Nation-state or Province? 5th ed. Boulder (Col.): Westview Press, 2009, 275 p.

14. Curry J. Passport Taiwan: Your Pocket Guide to Taiwanese Business, Customs & Etiquette. Traverse City (Mich.): World Trade Press, 1998, 24 p.

15. Frank S., Mei-chu W. Economic Development of Taiwan: Early Experiences and The Pacific Trade Triangle. Singapore: World Scientific, 2015, 600 p.

16. Gangopadhyay P. Patterns of Trade, Investment and Migration in the Asia-Pacific Region. In: Economic Dynamism in the Asia-Pacific: The Growth of Integration and Competitiveness. G. Thompson (ed.). L.: Routledge, 2005, 320 p.

17. Garver J. China's Quest: A History of Foreign Relations of the People's Republic of China. Oxford: University Press, 2016, 868 p.

18. Garver J. Introduction: Taiwan's Democratic Consolidation. In: Taiwan's Democracy: Economic and Political Challenges. R. Ash, J. Garver, P. Prime (eds.). L.: Routledge, 2013, 216 p.

19. Gee S. The ROC's Economic Development and Its International Cooperation Program. In: Contemporary China and the Changing International Community. J. Myers (ed.). Columbia: University of South Carolina Press, 1994, 396 p.

20. Gürsoy F., Kursun O. Investment Climate of Georgia. IBSU Scientific Journal, 2008, no. 1, pp. 71–79.

21. Haggard S. Pathways from the Periphery: The Politics of Growth in the Newly Industrializing Countries. Ithaca (N.Y.): Cornell University Press, 1990, 276 p.

22. Jie C. Foreign Policy of the New Taiwan: Pragmatic Diplomacy in Southeast Asia. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, 311 p.

23. Kapstein E. Exporting Capitalism: Private Enterprise and US Foreign Policy. Boston: Harvard University Press, 2022, 304 p.

24. Kiely R. Incomparable Poetry: Essay on the Financial Crisis of 2007-2008 and Irish Literature. Goleta (Cal.): Punctum books, 2020, 162 p.

25. Kucuk A. Industrial Development in East Asia: A Comparative Look at Japan, Korea, Taiwan and Singapore. Singapore: World Scientific, 2008, 348 p.

26. Kuo-ting L. Evolution of Policy Behind Taiwan's Development Success. Singapore: World Scientific, 1995, 320 p.

27. Lin C. Economic Development of Taiwan and Structural Change: Retrospect and Prospect. In: Taiwan's Economic and Diplomatic Challenges and Opportunities. M. Thornton, R. Ash, D. Fell (eds.). L.: Routledge, 2021, 242 p.

28. Metzler J. Taiwan's Transformation: 1985 to the Present. N.Y.: Springer, 2017, 175 p.

29. Mookkiah S. Development of Special Economic Zones in India: Policies and issues. S.L.: Concept Publishing, 2012, 298 p.

30. Morales G. Global Marketing Management. Scientific e-Resources, 2018, 324 p.

31. Nester W. Japan's Growing Predominance over East Asia and the World Economy. N.Y.: Springer, 1989, 282 p.

32. Oatley T. International Political Economy. 5th ed. L.: Routledge, 2015, 352 p.

33. Orum A. The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Urban and Regional Studies. N.Y.: John Wiley & Sons, 2019, 2912 p.

34. Ramesh K. Trends, Challenges & Innovations in Management. N.Y.: Zenon Publishing, 2015, 380 p.

35. Shadikhodjaev S. Industrial Policy and the World Trade Organization: Between Legal Constraints and Flexibilities. Cambridge: University Press, 2018, 346 p.

36. Shirk S. How China Opened its Door. The Political Success of the PRC's Foreign Trade and Investment Reforms. Wash.: Brookings Institution, 1994, 145 p.

37. Tsai E., Hung J. Customs Law of Taiwan. In: Customs Law of East Asia. Chia-Jui Cheng (ed.). Kluwer Law International, 2010, 600 p.

38. Tu J. Taiwan. A Solid Manufacturing Base and Emerging Regional Source of Investment. In: Multinationals and East Asian Integration. W. Dobson et al. (eds.). Ottawa: IDRC, 1997, 311 p.

39. Van Hoesel R. New Multinational Enterprises from Korea and Taiwan. L.: Routledge, 2013, 304 p.

40. Wan A. The Taiwanese Experience in Retrospect: Before the 1980s. In: Taiwan's Economic Success Since 1980. In: Zhaocheng M., Jiansheng S. (eds.). Cheltenham: Edward Elgar, 2001, 420 p.

41. Wilkinson B. Labor and Industry in the Asia-Pacific: Lessons from the Newly-Industrialized Countries. Berlin: Walter de Gruyter, 2020, 253 p.

42. Yu Z. Governance and Foreign Investment in China, India, and Taiwan: Credibility, Flexibility, and International Business. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2014, 253 p.

References

1. Aberdach J. (2015) *The Role of the State in Taiwan's Development.* L.: Routledge, 416 p.

2. Brautigam D. (1995) The State as Agent: International Development in Taiwan, 1952–1972. In: Asian Industrialization and Africa: Studies in Policy Alternatives to Structural Adjustment. H. Stein (ed.). N.Y.: Springer, 284 p.

3. Chi S. (1999) How Was Taiwan's Economy Opened up. The Foreign Factor in Appraisal. In: The Political Economy of Taiwan's Development into the 21st Century: Essays in Memory of John Fei. Cheltenham: Edward Elgar, 338 p.

4. Copper J. (2009) *Taiwan: Nation-state or Province?* 5th ed. Boulder (Col.): Westview Press, 275 p.

5. Copper J. (2014) Historical Dictionary of Taiwan (Republic of China). Boulder (Col.): Rowman & Littlefield, 438 p.

6. Curry J. (1998) Passport Taiwan: Your Pocket Guide to Taiwanese Business, Customs & Etiquette. Traverse City (Mich.): World Trade Press, 24 p.

7. Eichelman O. (1887) The Textbook of Russian International Law. In 2 parts. Part 1. Kiev: University, 458 p. (in Russ.)

8. Frank S., Mei-chu W. (2015) Economic Development of Taiwan: Early Experiences and The Pacific Trade Triangle. Singapore: World Scientific, 600 p.

9. Gangopadhyay P. (2005) Patterns of Trade, Investment and Migration in the Asia-Pacific Region. In: Economic Dynamism in the Asia-Pacific: Growth of Integration and Competitiveness. G. Thompson (ed.). L.: Routledge, 320 p.

10. Garver J. (2013) Introduction: Taiwan's Democratic Consolidation. In: Taiwan's Democracy: Economic and Political Challenges. R. Ash, J. Garver, P. Prime (eds.). L.: Routledge, 216 p.

11. Garver J. (2016) China's Quest: History of Foreign Relations of the People's Republic of China. Oxford: University Press, 868 p.

12. Gee S. (1994) The ROC's Economic Development and Its International Cooperation Program. In: Contemporary China and the Changing International Community. J. Myers (ed.). Columbia: University of South Carolina Press, 396 p.

13. Goncharenko I.A. (2023) The Legal Regime of Preferential Taxation Zones: Features and Development of Trends (on the case of the Russian Federation and the USA): Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 324 p. (in Russ.)

14. Gürsoy F., Kursun O. (2008) Investment Climate of Georgia. *International Black Sea University Scientific Journal,* no. 1, pp. 71-79.

15. Haggard S. (1990) *Pathways from the Periphery: The Politics of Growth in the Newly Industrializing Countries.* Ithaca (N.Y.): Cornell University Press, 276 p.

16. Jie C. (2002) *Foreign Policy of the New Taiwan: Pragmatic Diplomacy in Southeast Asia.* Cheltenham: Edward Elgar, 311 p.

17. Kapstein E. (2022) *Exporting Capitalism: Private Enterprise and US Foreign Policy.* Boston: Harvard University Press, 304 p.

18. Kiely R. (2020) *Incomparable Poetry: An Essay on the Financial Crisis of 2007-2008 and Irish Literature.* Goleta (Cal.): Punctum Books, 162 p.

19. Kucuk A. (2008) *Industrial Development in East Asia: A Comparative Look at Japan, Korea, Taiwan and Singapore.* Singapore: World Scientific Publishing, 348 p.

20. Kuo-ting L. (1995) Evolution of Policy Behind Taiwan's Development Success. Singapore: World Scientific Publishing, 320 p.

21. Lin C. (2021) Economic Development of Taiwan and Structural Change: Retrospect and Prospect. In: Taiwan's Economic and Diplomatic Challenges and Opportunities. M. Thornton, R. Ash, D. Fell (eds.). L.: Routledge, 242 p.

22. Metzler J. (2017) *Taiwan's Transformation: 1985 to the Present.* N.Y.: Springer, 175 p.

23. Mookkiah S. (2012) Development of Special Economic Zones in India: Policies and Issues. S.L.: Concept Publishing, 298 p.

24. Morales G. (2018) Global Marketing Management. *Scientific e-Resources,* 324 p.

25. Mozias P.I. (1995) Attracting Foreign Investments. In: The People's Republic of China in 1993–1994. Politics, Economics, Culture. Moscow: Oriental Literature, pp. 223–232 (in Russ.)

26. Muranova A.P. (1987) Tax regulation and stimulation of private capitalist entrepreneurship in the ASEAN countries In: Southeast Asia. The Development of Capitalism. Moscow: Nauka, pp. 105–124 (in Russ.)

27. Nester W. (1989) *Japan's Growing Predominance over East Asia and the World Economy.* N.Y.: Springer, 282 p.

28. Oatley T. (2015) International Political Economy. 5th ed. L.: Routledge, 352 p.

29. Orum A. (2019) The Wiley-Blackwell Encyclopedia of Urban and Regional Studies. A. Grum (ed.). N.Y.: John Wiley & Sons, 2912 p.

30. Ramesh K. (2015) *Trends, Challenges & Innovations in Management.* New York: Zenon Publishing, 380 p.

31. Shadikhodjaev S. (2018) *Industrial Policy and the World Trade Organization: Between Legal Constraints and Flexibilities.*Cambridge: University Press, 346 p.

32. Shilovtsev S.I. (1994) Market Modernization in East Asia: the Experience of Taiwan. In.: Modern Taiwan. P.M. Ivanov (ed.). Irkutsk: Ulysses, pp. 177–194 (in Russ.)

33. Shirk S. (1994) *How China Opened its Door. The Political Success of the PRC's Foreign Trade and Investment Reforms.* Wash.: Brookings Institution, 145 p.

34. Shirley V. (1999) *The Economic Policy of Taiwan.* Moscow: Ant Press, 160 p. (in Russ.)

35. Tsai E., Hung J. (2010) Customs Law of Taiwan. In: Customs Law of East Asia. Chia-Jui Cheng (eds.). Kluwer Law International, 600 p.

36. Tu J. (1997) Taiwan. A Solid Manufacturing Base and Emerging Regional Source of Investment. In: Multinationals and East Asian Integration. W. Dobson et al. (eds.). Ottawa: IDRC, 311 p.

37. Utkin E.A. (1965) *Finance and Credit in Asia, Africa and Latin America.* Moscow: University of Peoples Friendship Press, 204 p. (in Russ.)

38. Van Hoesel R. (2013) New Multinational Enterprises from Korea and Taiwan. L.: Routledge, 304 p.

39. Wan A. (2001) The Taiwanese Experience in Retrospect: Before the 1980s. In: Taiwan's Economic Success Since 1980. M. Zhaocheng, S. Jiansheng (eds.). Cheltenham: Edward Elgar, 420 p.

40. Wilkinson B. (2020) *Labor and Industry in the Asia-Pacific: Lessons from the Newly-Industrialized Countries.* Berlin: Walter de Gruyter, 253 p.

41. Yu Z. (2014) *Governance and Foreign Investment in China, India, and Taiwan: Credibility, Flexibility, and International Business.* Ann Arbor: University of Michigan Press, 253 p.

42. Zheriborov D.S., Knyazeva E.G. (2019) Special Economic Zones in the USSR and the Russian Federation (1980–2018). *Nauchyi dialog*=Scientific Dialogue, no. 3, pp. 246–260 (in Russ.)

Информация об авторе:

Р.А. Шепенко— доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

R.A. Shepenko — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 16.01.2024; одобрена после рецензирования 03.02.2024; принята к публикации 13.02.2024.

The article was submitted to editorial office 16.01.2024; approved after reviewing 03.02.2024; accepted for publication 13.02.2024.

Право ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

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.

Журнал 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 внесен 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 содержание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова
Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски
Сноски постраничные.
Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте http://law-journal.hse.ru.

Тематическая рубрика
Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы
В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Д.Л. Комягин*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 03.06.2024. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,87. Тираж 200 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42