

President Law Journal

1'20



**РОЛЬ СОВЕТА
ДИРЕКТОРОВ
КРЕДИТНОЙ
ОРГАНИЗАЦИИ
В КОРПОРАТИВНОМ
УПРАВЛЕНИИ:
КОМПЕТЕНЦИЯ
И РИСКИ**

**THE LOSS
OF CHANCE
DOCTRINE
IN RUSSIAN
AND ENGLISH
LEGISLATION**

**БОЛЬШОЕ
ИНТЕРВЬЮ**

с Тamarой
Георгиевной
Морщаковой

**DIGITAL
TECHNOLOGIES
AND LAW:
REALITY OR
MYTH. PART I**





**Иванова Татьяна
Николаевна,**
научный
руководитель
журнала



**Киктенко
Константин
Геннадьевич,**
главный редактор
журнала

Второй выпуск журнала выходит в непростое для нашей страны время. Осознавая всю ответственность перед читателями, редакция **President Law Journal** призывает проявить солидарность, способную помочь пройти выпавшие на нашу долю испытания с достоинством и честью. Только совместная работа ради общего блага может сегодня помочь обществу. С этой целью и наша команда выпускает новый номер журнала.

Россия испытывает переход не только отдельных процессов, но и всей жизни в режим онлайн, что для кого-то является давно знакомой площадкой, но для большинства – совершенно новой реальностью. Безусловно, после таких качественных изменений под вопросом окажется практически каждый офлайн процесс: можно ли подвергнуть его диджитализации? Наша редакция тоже опробовала бесконтактный способ выпуска журнала: каждый работал, не выходя из дома. О том, как у нас получилось, судить вам.

Для этого выпуска мы отобрали лучшие из поступивших в редакцию статьи – по частному и публичному праву, статьи на иностранном языке. Героем нашего интервью стала судья Конституционного суда РФ в отставке Тамара Георгиевна Морщакова, за что мы бесконечно ей благодарны. Поскольку интервью записывалось в конце января, мы лишь размышляли о том, как будет проходить анонсированная президентом «конституционная реформа», но кое-что нам всё же удалось предвидеть.

Гостем рубрики «Выпускник юрфака» выступила Стефания Решетникова. О пути к праву, любимых преподавателях и юридической карьере – читайте на страницах издания.

Искренне надеемся, что этот выпуск поможет не только приятно провести время за его прочтением, но и предоставит актуальную и качественную информацию тем, кто находится в процессе написания диплома или курсовой работы.

**С уважением,
редакция журнала
President Law Journal**

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Роль совета директоров (наблюдательного совета) кредитной организации в корпоративном управлении: компетенция и риски.
The role of the board of directors (supervisory board) of a credit organization in corporate governance: competence and risks.

Автор: Бирюлин Дмитрий Александрович

- 9** Депонирование как средство защиты авторского права: проблемы и пути решения.
Deposit as means of copyright protection: problems and solution.

Автор: Семёнова Анастасия Вячеславовна

- 15** Защита владения: возврат в прошлое или шаг в будущее?
Ownership protection: a return to the past or a step into the future?

Автор: Захаров Артём Андреевич

- 22** Проблемы введения патентно-правовой охраны компьютерных программ в Российской Федерации.
Problems of introduction of the patent And legal protection of computer programs in the Russian Federation.

Автор: Нуждаева Валерия Васильевна

- 31** Сравнительно-правовой анализ конструкции узуфрукта в отечественном и зарубежном праве.
Comparative legal analysis of usufruct construction in domestic and foreign law.

Автор: Жук Илья Александрович

ИНТЕРВЬЮ

- 40** Большое интервью с Тamarой Георгиевной Морщаковой.

Беседовал К. Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 41** Особенности реформы суда присяжных 2018 года.

Features of the 2018's reform of jury trial.

Автор: Горшкова Анна Андреевна

LAW UNLIMITED

- 60** The loss of chance doctrine in russian and english legislation.

Автор: Вадиян Роберт Аркадьевич

- 66** Digital technologies and law: reality or myth: part I

Цифровые технологии и право: реальность или миф

Автор: Ильин Егор Александрович

ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 78** Путь к праву

Автор: Решетникова Стефания Борисовна

**President
LawJournal**

🌐 www.plawj.com
📧 vk.com/pl_journal

Научный руководитель: Иванова Т.Н.
Главный редактор: Киктенко К.Г.
Помощники главного редактора:
Ефимова Д.В., Кирилина А.А.
Верстка: Ху М.К.
Корректор: Степаненко К.Ю.

Издается при поддержке
местного отделения по району
Тропарево-Никулино Западного
административного округа
Московского регионального отделения
Ассоциации юристов России.



УДК 347.72



Бирюлин Дмитрий Александрович
(dmitri.biriulin@gmail.com)

студент 2 курса магистратуры
юридического факультета им. М.М.
Сперанского
Института права и национальной
безопасности
Российской академии народного хозяйства
и государственной
службы при Президенте РФ

Dmitriy Biriulin

2nd - year student of master program
Faculty of Law named after M.M. Speranky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

Научный руководитель:

Лескова Юлия Геннадьевна

доктор юридических наук,
доцент, заведующая кафедрой
предпринимательского, трудового и
корпоративного права юридического
факультета им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Academic supervisor: Yulia Leskova,

PhD in Law, associate professor head of chair
of labor, business and corporate law
Faculty of Law named after M.M. Speranky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

РОЛЬ СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ (НАБЛЮДАТЕЛЬНОГО СОВЕТА) КРЕДИТНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ В КОРПОРАТИВНОМ УПРАВЛЕНИИ: КОМПЕТЕНЦИЯ И РИСКИ

THE ROLE OF THE BOARD OF DIRECTORS (SUPERVISORY BOARD) OF A CREDIT ORGANIZATION IN CORPORATE GOVERNANCE: COMPETENCE AND RISKS

АННОТАЦИЯ: Совет директоров (наблюдательный совет) является инструментом баланса между интересами акционеров и менеджмента банка. Согласно банковскому законодательству роль и минимальные функции совета твёрдо зафиксированы и не могут быть изменены по решению акционеров (участников). В то же время, опираясь на рекомендованные практики и положения российского гражданского права, члены совета имеют те же обязанности, что и единоличный исполнительный орган. Автор предлагает установить дифференцированные стандарты к оценке поведения менеджмента и членов совета в ходе будущей реформы корпоративного права.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *корпоративное право, корпоративный контроль, корпоративное управление.*

ANNOTATION: The Board of Directors (Supervisory Board) is an instrument of balance between shareholders and managers of bank. Under banking regulation, the roles and minimal functions of the board firmly fixed and don't depend on the structure corporate governance, which would be elected by shareholders. But also according recommended banking practice and Russian civil law, members of the board have such duties and must be careful, as CEO. The author proposes to establish the different standards of behavior of management and members of the board in the course of the future reform of the Russian corporate law.

KEYWORDS: *corporate law, corporate control, corporate governance.*

Менеджмент (управление) является ключевым показателем при оценке финансовой устойчивости банка¹. Самооценка эффективности работы менеджмента признана рекомендованной Банком России практикой².

Важным звеном в системе корпоративного управления служит совет директоров. Поскольку в кредитных организациях акционеры зачастую не вмешиваются в корпоративное управление, данной компетенцией наделён менеджмент общества. В целях соблюдения баланса между акционерами и менеджментом был создан институт наблюдательного совета (совета директоров)³.

В регулировании деятельности совета директоров российских публичных акционерных обществ наблюдается тенденция невыполнения рекомендованных положений Кодекса корпоративного управления. В Обзоре

¹ Например, в рамках методики оценки финансовой устойчивости CAMEL(S).

² Письмо ЦБ РФ от 26.04.2019г. №ИН-06-28/41//Опубликовано на сайте Банка России [URL: https://cbr.ru/StaticHtml/File/59420/20190426_in-06-28_41.pdf, дата обращения: 11.01.2020].

³ Для целей настоящей статьи автор использует понятия «совет директоров» и «наблюдательный совет» как синонимы, исходя из действующего законодательства. На сегодняшний момент в правовой науке существует дискуссия о необходимости разграничения данных понятий. См. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право, 2-е изд. – М.: Статут, 2016. – С.211-212.

Банка России за 2018 г. указано, что с 2015 г. ни одно хозяйственное общество, входящее в выборку, не заявило о полном соблюдении принципов, указанных в главе II «Совет директоров общества», средний уровень внедрения составил 72%. Среди иных положений Кодекса корпоративного управления рекомендации для совета директоров исполняются в наименьшей мере⁴.

Недостаточная активность наблюдательного совета, пренебрежение функцией надзора за деятельностью исполнительных органов управления, ненадлежащее исполнение иных обязанностей приводят к возникновению дополнительных рисков для акционеров и клиентов банка. В рамках данной статьи будут затронуты вопросы компетенции наблюдательного совета, правового регулирования деятельности наблюдательного совета кредитной организации.

В соответствии со статьей 11.1 Федерального закона от 02.12.1990 №395-1 «О банках и банковской деятельности»⁵ (далее – Закон о банковской деятельности) закреплена трёхзвенная структура корпоративного управления.

Органами управления кредитной организации являются общее собрание её учредителей (участников), совет директоров (наблюдательный совет), единоличный исполнительный орган и коллегиальный исполнительный орган. Текущее руководство деятельностью кредитной организации осуществляется её единоличным исполнительным органом и коллегиальным исполнительным органом.

В своей деятельности совет директоров (наблюдательный совет) кредитной организации ру-

ководствуется уставом общества, законодательством, локальными документами корпорации, обычаями делового оборота и рекомендованными практиками⁶. Специальным источником также является Закон о банковской деятельности. В нём в статье 11.1–1 определены вопросы, которые можно классифицировать в зависимости от направления деятельности наблюдательного совета: а) стратегический менеджмент и риск-менеджмент;

б) кадровая политика; в) надзор за деятельностью менеджмента; г) внутренняя компетенция.

Вопросы стратегического менеджмента и риск-менеджмента.

К ним можно отнести утверждение стратегии управления рисками и капиталом кредитной организации, порядка применения банковских методик управления рисками и моделей количественной оценки рисков, порядка предотвращения конфликтов интересов, плана восстановления финансовой устойчивости в случае существенного ухудшения финансового состояния кредитной организации.

Вопросы кадровой политики. В частности, утверждение руководителя службы внутреннего аудита, политики кредитной организации в области оплаты

труда и контроль за её реализацией; утверждение кадровой политики кредитной организации.

Вопросы надзора за деятельностью менеджмента. Проведение оценки соблюдения единоличным исполнительным органом и коллегиальным исполнительным органом стратегий и порядков, утверждённых советом директоров.

Вопросы внутренней компетенции. Принятие решений об обязанностях членов совета директоров, образование комитетов, самооценка деятельности совета директоров.

В ОБЗОРЕ БАНКА РОССИИ ЗА 2018 г. УКАЗАНО, ЧТО С 2015 г. НИ ОДНО ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ОБЩЕСТВО, ВХОДЯЩЕЕ В ВЫБОРКУ, НЕ ЗАЯВИЛО О ПОЛНОМ СОБЛЮДЕНИИ ПРИНЦИПОВ, УКАЗАННЫХ В ГЛАВЕ II «СОВЕТ ДИРЕКТОРОВ ОБЩЕСТВА», СРЕДНИЙ УРОВЕНЬ ВНЕДРЕНИЯ СОСТАВИЛ 72%

⁴ Обзор практики корпоративного управления №4 Банка России // Сайт Банка России [URL: https://cbr.ru/Collection/Collection/File/25363/Review_29112019.pdf, дата обращения: 11.01.2020]

⁵ Федеральный закон от 02.12.1990 №395-1 «О банках и банковской деятельности» // «Собрание законодательства РФ», 05.02.1996, №6, ст. 492.

⁶ Под рекомендованной практикой для целей настоящей статьи понимаются признанные профессиональным сообществом или уполномоченным государственным органом примеры организации деятельности совета директоров, максимально способствующие эффективному исполнению обязанностей.

⁷ Линников А. С. Правовое регулирование банковской деятельности и банковский надзор в Европейском Союзе / А. С. Линников. – М.: Статут, 2009 – С. 98.

Отметим, что в рамках банковского законодательства Европейского союза наблюдательные советы кредитных организаций обладают схожими полномочиями⁷, что говорит о соответствии российского законодательства общеевропейскому подходу.

Данные полномочия не могут быть отнесены к компетенции иных органов управления корпорации. Об этом свидетельствует императивный характер норм законодательства о банковской деятельности. Непосредственно в названии статьи есть указание на особенный механизм при определении полномочий наблюдательного совета кредитной организации.

Отдельные полномочия общего собрания акционеров (участников) кредитной организации могут быть переданы наблюдательному совету. Например, утверждение порядка уведомления кредиторов о начале реорганизации (ст. 23.5 Закона о банковской деятельности).

Одновременно ограничено применение п. 4 ст. 48 Федерального закона «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО)⁸, п. 2.1 ст. 32 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО)⁹, ст. 66.3 Гражданского кодекса Российской Федерации, допускающей в непубличном обществе передачу полномочий наблюдательного совета (совета директоров) в пользу общего собрания участников. Законодателем установлены императивные нормы, закрепляющие минимальный перечень полномочий в ст. 11.1-1 Закона о банковской деятельности.

Таким образом, установлена иерархия компетенции наблюдательного совета кредитной организации. На первой ступени законом о банковской деятельности установлен минимальный

набор вопросов, отнесённых к исключительной компетенции наблюдательного совета. На второй ступени регулирование меняется в зависимости от правового статуса общества. Для непубличного общества компетенция определяется уставом, в остальной части – действующим законодательством. Для публичного общества – нормами Закона об АО и ГК РФ, в остальной части – уставом общества.

От объёма полномочий наблюдательного совета зависит компетенция исполнительных органов

кредитной организации. Как указывает С. Д. Могилевский, формирование компетенции органа управления осуществляется от высшего к низшему, определяется исчерпывающим образом без дублирования одних и тех же функций¹⁰.

Оценка действий совета директоров как органа управления при осуществлении своих полномочий поставлена в зависимость от установленной компетенции. По общему правилу, сфера деятельности наблюдательного совета по умолчанию уже, чем сфера деятельности исполнительных органов, которые руководят текущей работой. Совет директоров принимает решения

на основании имеющейся информации, чаще всего предоставленной исполнительными органами кредитной организации.

Подобный вывод влечёт за собой вопрос о введении в российский правовой порядок принципа дифференциации ответственности членов различных органов управления корпорации.

В работе Б. Блэка, посвящённой ответственности членов органов управления корпорацией, применительно к российскому законодательству по состоянию на 2010 г. сделан вывод об отсутствии такой проблемы в существующем правовом порядке¹¹.

ФАКТИЧЕСКИ СУДАМИ ПРИМЕНЯЕТСЯ ОБЩИЙ СТАНДАРТ ПОВЕДЕНИЯ КАК ПРИ ОЦЕНКЕ ПОВЕДЕНИЯ ЕДИНОЛИЧНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ОРГАНА ИЛИ ЧЛЕНА КОЛЛЕГИАЛЬНОГО ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ОРГАНА, ТАК И ПРИ ОЦЕНКЕ ПОВЕДЕНИЯ ЧЛЕНА СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ

⁸ Федеральный закон от 26.12.1995 №208-ФЗ «Об акционерных обществах» // «Собрание законодательства РФ», 01.01.1996, №1, ст. 1.

⁹ Федеральный закон от 08.02.1998 №14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // «Собрание законодательства РФ», 16.02.1998, №7, ст. 785.

¹⁰ Могилевский С. Д. Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. М., 2010. – С. 275-276.

¹¹ Блэк Б. Правовое регулирование ответственности членов органов управления. Анализ мировой практики / Бернард Блэк и др. – М.: Альпина Паблишерз, 2010. – С.142.



На основе иностранного опыта в исследовании отмечается, что, несмотря на формальное отсутствие различий в обязанностях членов коллегиального исполнительного органа и членов наблюдательного совета, фактически суды применяют иные стандарты поведения ко вторым, оценивая их квалификацию, возможность получения всей информации¹².

За 9 лет ситуация изменилась. Теперь в п. 3 ст. 53 ГК РФ закреплена общая обязанность членов органов управления корпорацией действовать добросовестно и разумно. Развивая нормы об ответственности действующего законодательства, в 2013 г. ВАС РФ было принято постановление Пленума ВАС РФ №62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица». В частности, в постановлении разъяснено, что неразумность такого лица считается доказанной, если до принятия решения он не предпринял мер для получения необходимой и достаточной информации¹³. При оценке достаточности информации следует ориентироваться на стандарт осмотрительности, принятый в обороте («как если бы действовал любой разумный директор при данных обстоятельствах»).

В Кодексе корпоративного управления отражено, что разумным и добросовестным является принятие решения при наличии всей информации с учётом равного отношения к акционерам общества при отсутствии конфликта интересов (п. 2.6.1). Также нужно учитывать интересы кредиторов, контрагентов и работников общества (п. 127).

В Кодексе рекомендовано определить механизм и порядок предоставления информации членам совета директоров с целью обеспечить возможность получения всех необходимых материалов (п.145, п.149). В таком случае члены совета директоров принимают на себя риски, связанные с принятием решения без учёта тех сведений, доступ к которым был бы возможен.

В 2017 г. в Федеральный закон от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» были внесены изменения, устанавливающие субсидиарную ответственность контролирующих должника лиц за невозможность полного погашения требований кредиторов; за несвоевременную подачу заявления должника. Статьей 61.10 Закона о банкротстве установлена презумпция наличия у члена наблюдательного совета статуса контролирующего лица.

Фактически судами применяется общий стандарт поведения как при оценке поведения единоличного исполнительного органа или члена коллегиального исполнительного органа, так и при оценке поведения члена совета директоров. В судебной практике встречаются примеры привлечения членов совета директоров кредитной организации к субсидиарной ответственности за принятие решений без учёта необходимой информации при одобрении сделок¹⁴. Примером может служить постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.11.2019 по делу №А40-92030/2015, в котором сделан вывод, что статус члена совета директоров кредитной организации возлагает на лицо (как и на лиц, входящих в состав правления)

¹² Там же.

¹³ П. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 №62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»// СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 02.12.2019 по делу №А40-155329/2014// СПС «Консультант Плюс» [дата обращения: 11.01.2020]

повышенные требования, предусмотренные законодательством о банковской деятельности.

Аналогичный стандарт поведения отражён в рекомендациях Банка России¹⁵. Член совета директоров должен «рассматривать все возможные варианты развития событий, проводить тщательный анализ последствий решения»¹⁶. Также рекомендуется «учитывать, что анализ материалов, представленных на заседание, является важной, но не единственной составляющей подготовки к заседанию совета директоров»¹⁷. Член совета директоров кредитной организации обязан запрашивать и изучать информацию из различных внешних и внутренних источников.

Сама оценка разумности поведения осуществляется уже после реализации риска и наступления негативных последствий в рамках судебного спора.

Таким образом, создана ситуация, при которой любой член наблюдательного совета может быть привлечен к ответственности вне зависимости от своего статуса (зависимый/независимый), факта вхождения в состав коллегиального исполнительного органа (исполнительный/неисполнительный), наличия или отсутствия специальной квалификации для оценки действий менеджмента и анализа полноты, достоверности представленной информации.

Подобный подход приводит к тому, что для независимых или неисполнительных директоров участие в составе совета влечёт за собой несо-

размерные (в сравнении с вознаграждением) риски привлечения к ответственности в виде возмещения убытков. Такой взгляд не учитывает различную компетенцию органов управления корпорацией, степень осведомлённости о финансовом состоянии организации, степень влияния на деятельность юридического лица.

Разрешение ситуации. Сохраняя положения п. 3 ст. 53 ГК РФ, стоит на правоприменительном уровне последовательно внедрять в российский правовой порядок дифференциацию ответственности членов совета директоров, руководствуясь общими положениями о соразмерности причинённого вреда степени вины лица в совершённом деликте. На первом этапе следует провести дифференциацию по критерию зависимости и критерию вхождения в состав исполнительного органа. Впоследствии допустимо обсуждать вопрос дифференциации по критерию наличия специальной квалификации.

Установление различных стандартов поведения для лиц, входящих в состав органов управления кредитной организацией, повысит доверие к совету директоров как к промежуточному звену в системе корпоративного управления кредитных организаций. Конкретизация стандартов поведения члена совета директоров, его ограничение пределами компетенции также будут способствовать нормальному функционированию данного органа управления, что приведёт к более качественной защите интересов инвесторов.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Письмо ЦБ РФ от 26.04.2019г. №ИН-06-28/41//Опубликовано на сайте Банка России [URL: https://cbr.ru/StaticHtml/File/59420/20190426_in-06-28_41.pdf, дата обращения: 11.01.2020].
2. Информационное письмо о руководстве для членов совета директоров (наблюдательного совета) финансовой организации от 28.02.2019г. №ИН-06-28/18// Сайт Банка России [URL: https://cbr.ru/StaticHtml/File/59420/20190228_in_06_28-18.pdf; дата обращения: 12.01.2020].
3. Блэк Б. Правовое регулирование ответственности членов органов управления. Анализ мировой практики / Бернард Блэк и др. — М.: Альпина Паблишерз, 2010. — 336 с.
4. Линников А. С. Правовое регулирование банковской деятельности и банковский надзор в Европейском Союзе / А.С. Линников. — М.: Статут, 2009. — 190 с.
5. Могилевский С. Д. Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. М., 2010. — 421 с.
6. Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право, 2-е изд. — М.: Статут, 2016. — 456 с.

¹⁵ Информационное письмо о руководстве для членов совета директоров (наблюдательного совета) финансовой организации от 28.02.2019 №ИН-06-28/18// Сайт Банка России [URL: https://cbr.ru/StaticHtml/File/59420/20190228_in_06_28-18.pdf; дата обращения: 12.01.2020].

¹⁶ Блэк Б. Там же, с.23.

¹⁷ Блэк Б. Там же, с.28.



УДК 34.037



Семёнова Анастасия Вячеславовна
(Semenova.a.v2001@mail.ru)

студент 2 курса бакалавриата
юридического факультета им. М.М.
Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Anastasiia Semenova

2nd - year student of bachelor program
Faculty of Law named after M.M. Speranki
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

Научный руководитель:

Никулина Валерия Сергеевна

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского
права и процесса Института
права и национальной
безопасности

Российской академии народного
хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Academic supervisor:

Valeriya Nikulina,

PhD in Law, associate professor

ДЕПОНИРОВАНИЕ КАК СРЕДСТВО ЗАЩИТЫ АВТОРСКОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ

DEPOSIT AS MEANS OF COPYRIGHT PROTECTION: PROBLEMS AND SOLUTIONS

АННОТАЦИЯ: В работе раскрыт такой способ защиты авторских прав, как депонирование, проанализированы его недостатки. С опорой на международную практику предложены пути направления разработки правового регулирования в данной области. Также в статье затронута проблема обязательного депонирования без компенсационных выплат за предоставленный экземпляр.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: автор, защита авторского права, интеллектуальная собственность, депонирование, обязательный экземпляр, свидетельство о депонировании.

ANNOTATION: The article considers such a method of copyright protection as deposit, and shows its disadvantages. Based on international practice, the ways of development of legal regulation in this area are proposed. The article also addresses the issue of legal deposit without compensation payments for the legal deposit copy.

KEYWORDS: author, copyright protection, intellectual property, deposit, legal deposit copy, certificate of deposit.

«Возникновение авторских прав не связано с выполнением каких-либо формальностей»¹, в связи с этим появляется острая необходимость защиты прав лиц, создающих произведение, от посягательств других лиц. «Для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей»², – в Российской Федерации не предусмотрена государственная регистрация объектов авторского права, за исключением программ ЭВМ и баз данных. Тем не менее, именно эти формальности и позволяют доказать, а значит и защитить исключительные права создателя на произведение.

В последнее время всё более распространённым становится депонирование произведений, заключающееся в депонировании экземпляров произведений в реестрах. Внесение новых объектов авторских прав в соответствующие реестры осуществляют от имени Российского авторского общества (член Международной конфедерации обществ авторов и композиторов, представляющего, по данным на официальном сайте³, «интересы более 26000 российских и 2000000 иностранных авторов и правообладателей») негосударственные организации, осуществляющие коллективное управление

¹ Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28.09.1979) // Компьютерная справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5112/ Ст. 5.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвёртая): федер. закон от 18 декабря 2006 года N 230-ФЗ (ред. от 18.07.2019 N 177-ФЗ) (с изм., внесенными Постановлением Конституционного Суда РФ от 13.12.2016 N 28-П) //

³ Собрание законодательства РФ. 2006. №52. Ст. 1259, п.4. <https://rao.ru/>

авторскими правами, функционирующие и осуществляющие свои полномочия на основании статей 1242–1244 Гражданского кодекса Российской Федерации.

В настоящий момент организации по управлению правами на коллективной основе за относительно скромное вознаграждение предлагают услугу по депонированию экземпляров произведений (художественных, литературных, музыкальных, аудиальных и визуальных). Так,

**В НАСТОЯЩИЙ МОМЕНТ
ОРГАНИЗАЦИИ ПО
УПРАВЛЕНИЮ ПРАВАМИ НА
КОЛЛЕКТИВНОЙ ОСНОВЕ ЗА
ОТНОСИТЕЛЬНО СКРОМНОЕ
ВОЗНАГРАЖДЕНИЕ
ПРЕДЛАГАЮТ УСЛУГУ
ПО ДЕПОНИРОВАНИЮ
ЭКЗЕМПЛЯРОВ ПРОИЗВЕДЕНИЙ
(ХУДОЖЕСТВЕННЫХ,
ЛИТЕРАТУРНЫХ,
МУЗЫКАЛЬНЫХ, АУДИАЛЬНЫХ
И ВИЗУАЛЬНЫХ)**

например, партнер Российского авторского общества – некоммерческое партнерство IREG – за предоставление данной услуги взимает примерно от 250 до 1000 рублей⁴; АО «Национальный Реестр интеллектуальной собственности», в зависимости от объема и срока хранения, – примерно от 990 до 82990 рублей⁵.

Этапы процедуры депонирования выглядят следующим образом:

1. Обращение и подача документов. На первом этапе автор, осуществив сбор пакета документов и оплатив услуги регистрации, обращается в отдел регистрации авторских прав уполномоченных на то организаций с заявлением и печатным вариантом своего произведения. Если же в качестве объекта авторского права выступает музыкальная композиция, ви-

деоролик, компьютерная программа или игра, то в качестве экземпляра для регистрации используется электронный носитель – чаще всего диски формата CD или DVD.

2. Ожидание подтверждения регистрации.

Если организация, принимающая документы и уполномоченная предоставлять подобные услуги, проверив пакет документов и квитанции об оплате, не нашла повода для отказа в регистрации и депонировании, наступает период ожидания подтверждения. В это время сотрудники отдела регистрации авторских прав передают экземпляр произведения в Российское авторское общество и в Национальное фондохранилище отечественных изданий. После этого вся необходимая информация и подробное описание произведения вносятся в российский и международный реестры, что позволит избежать в дальнейшем нарушения авторских прав создателя. На последнем этапе произведению присваивается международный стандартный номер, который будет считаться индивидуальным идентификатором конкретного объекта авторского права.

3. Выдача документов. Заканчивается процедура выдачей автору свидетельства о депонировании и регистрации произведения, заверенного официально и имеющего юридическую силу⁶.

Однако мы не можем говорить о высокой степени эффективности такого способа защиты, существует значительный пробел: депонирование экземпляра произведения не подразумевает проведение депонирующей организацией проверки правомочий депонирующего лица, т.е. депонировать произведение может лицо, не являющееся его автором, однако об авторстве заявившее. Подобные случаи уже возникали, что иллюстрируется практикой высшей специализированной судебной инстанции – Суда по интеллектуальным правам.

Так, этот суд в качестве кассационной инстанции уже рассматривал дело по иску юридического лица, объекты интеллектуальной собственности которого были депонированы другими лицами, и НП «Копирус», в которое обратились нарушители, основываясь на презумпции авторства, уже успело выдать им свидетельство о

⁴ <https://ireg.pro/>

⁵ <https://nris.ru/deposits/tariffs>

⁶ <https://copyrus.org/deponirovanie/poryadok-deponirovaniya.html>



депонировании. Создатель требовал аннулировать выданное свидетельство, поскольку лица, которым оно было выдано, не представили доказательств, подтверждающих их авторство.

Арбитражные суды всех инстанций отказали в иске на том основании, что в ГК РФ, в иных законах не предусмотрен такой способ защиты гражданских прав, как признание Свидетельства о депонировании произведения недействительным. Оспаривание права автора на произведение может происходить лишь с использованием установленных гражданским законодательством способов защиты, применяемых с учётом характера и последствий соответствующего правонарушения.

Так, Суд по интеллектуальным правам указал, что не предусмотрен такой способ защиты гражданских прав, как признание Свидетельства о депонировании произведения недействительным, тогда как оспариванию подлежит именно авторство лиц, получивших свидетельство⁷.

В положении, на основании которого НП «Копирус» осуществляет свою деятельность по депонированию и регистрации сведений об

авторе в реестрах, сказано, что организация «вправе отказаться от депонирования и регистрации присланных материалов, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к произведениям, если стало известно, что их депонирование привело бы к нарушению прав иных лиц, либо не соответствовало бы требованиям законодательства Российской Федерации»⁸.

При этом практическое взаимодействие показало, что поступление заявления действительного автора произведений о нарушении его прав с предоставлением подтверждающих это обстоятельство материалов ведёт лишь к приостановлению процесса депонирования. Фактически представители организации уведомляют подавшее заявление на чужие объекты авторских прав лицо, предупреждая его о возможной ответственности, предлагают отказаться от депонирования спорного произведения на своё имя, а затем продолжают процедуру депонирования и регистрации. Такой подход представляется оправданным, поскольку основанием для отказа в проведении действий по депонированию может быть лишь решение суда,

⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 04.05.2018 N C01-296/2018 по делу N A40-98194/2017.

⁸ Положения о порядке депонирования экземпляров произведений и регистрации сведений в Реестрах НП «Копирус», утверждённое Постановлением Правления № Д-7 26.02.2015. П. 3.2.

подтверждающее авторство другого лица, чьи интересы оказываются затронутыми действиями нарушителя, присвоившего себе авторство.

Итак, свидетельство о депонировании формально не предоставляет никаких прав и гарантий, зачастую играя роль лишь средства доказывания при рассмотрении споров об авторстве и моменте возникновения соответствующих прав. В случае осуществления депонирования лицом, не являющимся автором, единственным способом защиты автора будет оспаривание в суде именно авторства лица, производшего депонирование объектов.

Таким образом, данный документ служит не безусловным, но подтверждением факта авторства. Тем не менее, из-за того, что процесс депонирования осуществляется не органами государственной власти, а факт произведённого депонирования не может быть оспорен и аннулирован, при определённых обстоятельствах депонирование используется недобросовестными лицами против действительного автора.

Думаем, что для решения данной проблемы необходимо системное изменение правового регулирования в данной сфере – создание такового. В этом, безусловно, поможет опыт других стран в вопросе правового регулирования и реализации депонирования. В частности, США подразумевают обязательное депонирование экземпляров произведений в Библиотеку Конгресса.

После публикации работы владелец авторского права или исключительного права на публикацию в течение трех месяцев с даты опубликования должен, за некоторым исключением, осуществить депонирование копий произведений в Ведомстве по авторским правам⁹.

Обязательное требование о депонировании имеет своей целью пополнение коллекции произведений американских авторов Библиотеки Конгресса. Невыполнение этого требования может повлечь за собой наказание в виде штрафа в размере до 250 долларов США за каждое произведение и в последующем до 2500 долларов за каждый намеренный или неоднократный отказ осуществить депонирование по письменному требованию Ведомства по авторским правам¹⁰.

Ещё одно решение проблемы – наделение функцией по депонированию только определённых организаций. Единый орган депонирования позволяет избежать ситуаций, когда лицо пытается задепонировать объект чужого авторского права в другой организации, пользуясь тем, что проверка действительного авторства не осуществляется. В Израиле, США, Японии эту деятельность осуществляют парламентские библиотеки. Функцией по депонированию на Багамских островах и в Сенегале наделены на-

**СУД ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ
ПРАВАМ УКАЗАЛ, ЧТО
НЕ ПРЕДУСМОТРЕН
ТАКОЙ СПОСОБ ЗАЩИТЫ
ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ, КАК
ПРИЗНАНИЕ СВИДЕТЕЛЬСТВА
О ДЕПОНировании
ПРОИЗВЕДЕНИЯ
НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ,
ТОГДА КАК ОСПАРИВАНИЮ
ПОДЛЕЖИТ ИМЕННО
АВТОРСТВО ЛИЦ,
ПОЛУЧИВШИХ
СВИДЕТЕЛЬСТВО**

циональные архивы. Местом депонирования и хранения обязательных экземпляров обычно являются национальные библиотеки страны, так поступают Китай, Литва, Франция, Эстония.

Отдельно здесь стоит выделить Великобританию. Лицо, осуществляющее издание какого-либо произведения в Великобритании, обязано за свой счёт предоставить обязательный экземпляр в библиотеки, имеющие право на получение этого экземпляра¹¹. В Великобритании таких библиотек шесть: Британская библиотека, Бодлианская библиотека, библиотека Кембриджского университета, библиотека Тринити-колледжа, Национальная библиотека Уэльса и Национальная

⁹ Copyright Law of the United States // the United States Code (title 17) (version from December 2016). Article 407.

¹⁰ Copyright Law of the United States // the United States Code (title 17) (version from December 2016). Article 407.

¹¹ Legal Deposit Libraries Act 2003. 2003 Chapter 28. Article 1.

библиотека Шотландии. Британская библиотека имеет право на доставку экземпляра печатного произведения в течение месяца с момента публикации, остальные библиотеки получают экземпляр произведения по своему требованию¹². Конечно, это может быть затруднительно для правообладателя произведения.

Обязательное депонирование без выплаты компенсации за так называемый убыток, понесённый за уплату данной процедуры, зачастую критикуется как неправомерное налогообложение. «Однако, – как отмечают ведущие блога ООО “Служба правовой безопасности” на портале zakon.ru, – существование системы обязательного депонирования обосновывается необходимостью сохранения национального культурного наследия и формирования национальной библиографии, в связи с чем признаётся оправданным применение публично-правовых средств для приобретения экземпляров документов, обеспечения свободного и безоговорочного доступа к документам для социально оправданных целей»¹³. Обязательное депонирование служит интересам национальной политики, обеспечивая приобретение, учёт, сохранение и доступность опубликованного национального наследия.

В большинстве стран законное депонирование – это вопрос законодательства, учитывающего условия и традиции страны, в которой осуществляется публикация. Так, в интересах правообладателей произведений в некоторых странах обязательному депонированию подлежат не все опубликованные произведения. Например, в США Законодатель освобождает от обязательного депонирования произведения в случаях, если было опубликовано менее пяти экземпляров произведения или произведение было опубликовано ограниченным тиражом, состоящим из пронумерованных экземпляров, денежная стоимость которого сделала бы обязательный депозит в два экземпляра лучшего издания произведения обременительным, несправедливым или неразумным. С одной стороны, это не ударяет по материальному положению правообладателя про-

изведения. С другой – лишает граждан доступа к этим произведениям, а будущие поколения – к культурному наследию страны. В частности, обязательное депонирование пополняет научно-исследовательскую коллекцию опубликованных в стране материалов. Поэтому данный способ не кажется нам особенно полезным, если рассматривать его со стороны блага для всего общества.

Некоторые страны уже решили данную проблему более кардинально – установили компенсационные выплаты за экземпляры депонирования. Так, в Японии лицу (за исключением правительственных учреждений), депонировавшему публикации в соответствии с законодательством, выплачивается компенсация, эквивалентная тем расходам, которые обычно требуются для выпуска и депонирования публикации¹⁴. Ответственность за отказ от депонирования, так же как и в других странах, сохраняется: лицо наказывается штрафом в размере до пятикратной розничной цены публикации¹⁵. Так происходит стимулирование депонирования: самому правообладателю произведения выгоднее произвести депонирование, которое не принесёт ему убыток, чем понести санкцию.

Итак, вопрос обязательного депонирования до сих пор остаётся спорным. Тем не менее, страны, признавая необходимость и пользу обязательного депонирования, ищут способы урегулирования депонирования, которые были бы максимально выгодны как для отдельных лиц, так и для всего общества.

Исходя из международного опыта, сама обязанность лиц депонировать произведение может иметь разное место закрепления. Регулирование процедуры депонирования может быть выделено в отдельный закон. Например, в Швеции данный правовой институт регулирует закон «Об обязательном экземпляре документов». Кроме того, депонирование может являться частью законодательства об авторском праве (так, в США – Copyright Law of the United States). Ещё один способ законодательного закрепления – урегулирование в законе о националь-

¹² Legal Deposit Libraries Act 2003. 2003 Chapter 28. Article 4-5.

¹³ Zakon.ru, 24.08.2015

URL: https://zakon.ru/blog/2015/8/24/zarubezhnyj_opyt_organizacii_sistem_deponirovaniya_obyazatel'nogo_ekzempljara_dokumentov#_ftn2

¹⁴ National Diet Library Law (Law №5 February 9, 1948) (with amendments from November 28, 2016). Article 25.

¹⁵ National Diet Library Law (Law №5 February 9, 1948) (with amendments from November 28, 2016). Article 25-2.

ных библиотеках (по этому пути пошла Япония – National Diet Library Law). В Великобритании общие принципы указаны в законе об авторском и патентном праве (Copyright Designs and Patent Act), но детальное регулирование содержится в Законе о депозитарных библиотеках (Legal Deposit Libraries Act).

Конечно, способ закрепления общих принципов самой процедуры депонирования во многом зависит от организации, её осуществляющей. Так, например, в странах, где данная функция принадлежит органу государственной власти, депонирование обычно регулируется законом об авторском праве или специальным законом, депонирование осуществляет национальная библиотека – в законе о национальной или депозитной библиотеке. Поэтому, если в России решат законодательно ввести депонирование и, более того, сделать его обязательным, перед законодателем встанет два взаимосвязанных вопроса: национальное учреждение, которое будет обладать функцией по депонированию, и закон, который будет регулировать саму процедуру депонирования.

Что касается вопроса об ответственности за непредоставление обязательного экземпляра в депонирующие организации, то во всех странах предусматривается наказание в виде штрафа. Другое дело, что штраф может быть фиксированным (например, во Франции, США) или зависеть от розничной цены публикации (как упоминалось уже выше, такая система существует

в Японии). Обычно фиксированные штрафы довольно велики. Например, во Франции такой штраф составляет 75000 евро¹⁶.

Таким образом, депонирование фактически может как защищать авторские права, так и стать способом для махинаций недобросовестных лиц. Чтобы избежать последнего, в Российской Федерации необходимо сделать эту процедуру обязательной и создать единый центр депонирования.

С течением времени, однако, появляются способы защиты авторских прав при помощи новых технологий. Так, АО «Национальный реестр интеллектуальной собственности» на своём сайте предлагает провести процедуру электронного депонирования, которая представляет собой приём и хранение файла объекта интеллектуальной собственности в зашифрованном виде в защищённой ячейке. Объект шифруется тремя ключами, и в последующем получить доступ к ячейке можно только по запросу пользователя комбинацией трёх ключей. Используемая технология блокчейн с фиксацией хеша файла не допускает неавторизованный доступ к объекту в ячейке¹⁷.

Электронное депонирование – эффективный и не требующий особых (как материальных, так и физических) затрат автора способ подтвердить, что результат интеллектуальной деятельности уже существовал под его именем в конкретную дату в прошлом. Это может являться веским доказательством авторства. Электронное депонирование – средство защиты авторского права будущего.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28.09.1979) // Компьютерная справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5112/ Ст. 5.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвёртая): федер. закон от 18 декабря 2006 года N 230-ФЗ (ред. от 18.07.2019 N 177-ФЗ) (с изм., внесенными Постановлением Конституционного Суда РФ от 13.12.2016 N 28-П) // Собрание законодательства РФ. 2006. №52.
3. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 04.05.2018 N C01-296/2018 по делу N A40-98194/2017.
4. Положения о порядке депонирования экземпляров произведений и регистрации сведений в Реестрах НП «Копирус», утверждённое Постановлением Правления № Д-7 26.02.2015.
5. Copyright Law of the United States // the United States Code (title 17) (version from December 2016).
6. Legal Deposit Libraries Act 2003. Lariviere J. Guidelines for Legal Deposit Legislation. – Paris: UNESCO, 2000.
7. National Diet Library Law (Law №5 February 9, 1948) (with amendments from November 28, 2016).
8. Code du patrimoine. (avec les dernières modifications du 1er janvier 2020).

¹⁶ Code du patrimoine. (avec les dernières modifications du 1er janvier 2020). Article L133-1

¹⁷ <https://nr.ru/deposits/>



УДК 347.251



Захаров Артём Андреевич
(zahaa2000@mail.ru)

студент 2 курса бакалавриата
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Artyom Zakharov

2nd - year student of bachelor program
Faculty of Law named after M.M. Speranky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

Научный руководитель:

Иванова Татьяна Николаевна

кандидат юридических наук, доцент
кафедры гражданского права и
процесса юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Academic supervisor:

Tatiana Ivanova

PhD in Law, associate professor
Chair of civil law and process
Faculty of Law named after M.M. Speranky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

ЗАЩИТА ВЛАДЕНИЯ: ВОЗВРАТ В ПРОШЛОЕ ИЛИ ШАГ В БУДУЩЕЕ?

OWNERSHIP PROTECTION: A RETURN TO THE PAST OR A STEP INTO THE FUTURE?

АННОТАЦИЯ: Актуальность темы обусловлена событиями, происходящими в сфере реформирования гражданского права. Вызваны они разработкой Концепции развития гражданского законодательства, которая нашла в российском обществе преимущественно сторонников её реализации. В статье даётся сжатый исторический экскурс вопроса. Основная его идея – показать все этапы развития понимания владения и его защиты. В статье также содержатся примеры, позволяющие осознать правовую и социально-экономическую значимость института владельческой защиты.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *владение, фактическое владение, посессорная защита, Концепция развития гражданского законодательства, реформа вещных прав.*

ANNOTATION: The relevance of the topic is due to contextual events taking place in the field of civil law reform. They were caused by the development of the Concept of development of civil legislation, which found in Russian society mainly supporters of its implementation. The article gives a concise historical digression, including a minimal amount of theoretical information. His main idea is to show all stages of development of understanding of ownership and its protection. The article also contains examples that make it possible to realize the legal and socio-economic significance of the institution of property protection.

KEYWORDS: *possession, actual ownership, post-occupational defense, the concept of development of civil legislation, reform of property rights.*

В настоящее время в России всё больше растёт внимание к институту владельческой (посессорной) защиты как к особому способу защиты фактического владения от самоуправных действий третьих лиц. Современный правопорядок предоставляет фактическому владельцу недостаточно эффективные с практической точки зрения инструменты защиты своего владения. Закрепление «добросовестного» владения привносит трудности в правоприменительную практику и заставляет задуматься о выработке более эффективных механизмов. Выработка этих механизмов – одна из целей Концепции развития гражданского законодательства.

Но как развивалось правовое регулирование владельческой защиты в исторической ретроспективе? Какие особенности были присущи этому институту в зарубежных правопорядках того или иного временного периода? Как развивался институт в отечественном гражданском праве? Эти вопросы послужили каркасом исследования, которое будет изложено в данной статье.

Владение и владельческая защита как правовые институты берут начало в римском частном праве.

В римском праве владение (possession) рассматривалось как право на фактическое господство над вещью. В нём сочетались 2 основания: *animus possidendi* и *corpus*, т.е. намерение относиться к вещи как к своей и материальная связь лица с вещью. Соответственно, владение возникает при одновременном существовании двух этих элементов и заканчивается при обязательном их прекращении. От владения римское право отличало держание (*detention*), «когда воля обладать вещью опосредована соглашением с её владельцем, поставлена в зависимость от другого лица, чья связь с вещью признаётся основой такого соглашения»¹, – так называемая концепция двойного владения. Нельзя сказать, что такая конструкция явилась оптимальным решением для регулирования фактического владения, так как держатель фактически становился обезличенным субъектом договорных отношений. Это создавало известные неудобства для собственника вещи, ведь он, сохраняя владение, должен был заботиться и о защите вещи. В юридическом смысле отказ признать держание владением означает игнорирование воли собственника вещи, то есть осознанная передача вещи в фактическое управление другому лицу. Подобное игнорирование нарушает концепцию волевого владения, которая имела место в римском частном праве. Исходя из положения держателя, мы можем с уверенностью говорить, что в Риме владение всё же имело правовую, а не фактическую природу.

Определённые особенности имели и способы защиты владения. Как уже было отмечено ранее, защитить своё владение мог непосредственно владелец вещи, держатель же допускался к защите только в случае покушения на хозяйственные (владельческие) интересы владельца. Специфика защиты заключалась в том, что она носила абсолютный характер, то есть была направлена против всех, а также в особом характере защиты. «Она осуществлялась не в форме судебного разбирательства, а посредством приказа претора – интердикта, который давал ход особому интердиктному производству»². В ходе владельческого процесса устанавливался исключительно факт владения вещью; факт законности владения

установлению не подлежал. В какой-то степени это облегчало ход процесса, однако, с другой стороны, законный собственник мог остаться без защиты в силу недостаточной убедительности его аргументов. В таком случае римский правопорядок предусматривал возможность подачи владельческого иска об установлении права собственности.

Как мы можем заметить, римское право заложило основные понятия и генеральную концепцию владельческой защиты, которая в дальнейшем в тех или иных формах была воспринята континентальным правом.

Наиболее яркий пример – Германское гражданское уложение 1896 г. При составлении ГГУ велись многочисленные дискуссии, связанные с определением самого понятия владения. Наиболее показательным представляется расхождение во мнениях о природе владения и его защите между последователями немецких правоведов Р. Иеринга и Ф. К. фон Савиньи.

Немецкий правовед Рудольф фон Иеринг пытался дать ответ на вопрос о том, что такое собственность. Юрист писал, что никто не ставит вопрос относительно собственности, однако все постоянно диспутуют относительно владения. Он пояснял, что сама по себе защита владения таит в себе нечто странное и противоречивое, ведь защищать владение – значит в то же время защищать воров и разбойников; а как же закон, осуждая разбой и воровство, может признавать за виновными добро, добытое таким путём, и защищать его за ними? Не значит ли это признавать справедливым и поддерживать то, что с другой точки зрения осуждается и преследуется?³ Немецкий юрист и его последователи считали владение правом. Р. фон Иеринг писал, что римские арендаторы, которые в сущности выступали владельцами, так как распространяли своё хозяйственное господство над вещью, в правовом аспекте владельцами не признавались. В римском правопорядке они выступали держателями, на которых не распространялся владельческий иск⁴. То есть само владение должно обладать качествами юридического факта, который и предоставляет владельцам право на защиту от самоуправства.

¹ Д.В.Дождев Римское частное право // Москва-2011//НОРМА ИНФРА-М, С.373

² Там же.

³ Р. фон Иеринг «Об основаниях защиты владения», С.29

⁴ Там же.



Это обосновывалось тем, что владение стоит за более мощным и содержательным правом – правом собственности, и защита владения есть не что иное, как защита самого права собственности.

Иная позиция была у Ф. К. фон Савиньи, Г. Дернбурга, Б. Виндшайда. Они и их последователи рассматривали владение как сугубо фактическую власть над вещью, как фактическое отношение, всё же подлежащее правовой защите от самоуправных посягательств⁵. То есть владение должно защищаться не в силу того, что это предписано законом, а исключительно потому, что установлен сам факт владения.

Дискуссии такого рода имели место в дальнейшем в процессе толкования Германского Гражданского Уложения. Многие исследователи, такие как Отто фон Гирке, Вольфганг Брем и Христиан Бергер, Юстус Мейер, отдавали приоритет фактической стороне владения, которую они раскрывали через фактическую власть над вещью. Однако указанное исследователями представление о владении не соответствовало действительному смыслу, который пытались заключить в ГГУ 1896 г. разработчики.

П. 854 Гражданского уложения исходит из того, что фактическое владение – это лишь условие приобретения владения. Общая дефиниция владения не была выработана ни практикой, ни те-

орией. И у этого есть разумное объяснение, ведь любая попытка очертить границы такого широкого понятия повлекла бы только к искажению действительности⁶.

В ГГУ владение следует изучать через призму учения о волеизъявлении, которому немецкие пандектисты уделяли особое внимание. Карл Георг Брунс (немецкий юрист, профессор римского права в Тюбингене, представитель исторической школы права) писал, что воля при владении должна быть направлена на установление фактической власти над вещью. Когда это происходит, мы можем сказать о господстве, основанном на воле⁷.

Тем самым воля выступала реперной точкой в учении о владении по Германскому уложению. Именно по направлению воли владение делили на владение собственника и опосредованное владение.

Институт опосредованного владения (владения для других лиц) немецкие юристы переняли из римского частного права, в котором опосредованный владелец приравнивался к не защищенному владельческим иском держателю вещи. Однако требования практики заставили древнеримских юристов искать способы обеспечения опосредованных владельцев защитой аналогичной владельческой. Так появляется *possessio juris* для узуфруктуариев. По данному иску держатель мог прекратить нарушение держания.

⁵ Гражданское право: учебник: в 4т. // отв. ред. Е.А. Суханов // Москва : Статут, 2019. С.30

⁶ Томсинова А.В. «Понятие «владение» в Германском гражданском уложении 1900г.: критический анализ».

⁷ Там же.

Именно это требование п. 822 ГГУ именовал владельческим иском.

Наряду с опосредованным владельцем ГГУ 1896 г. выделяло и непосредственное владение – это тоже правовое и экономическое состояние господства над вещью, однако при условии, что такое владение осуществляется в пользу другого лица. Принципиальное отличие фактического владельца от держателя кроется в волевом аспекте: в рассматриваемой конструкции не имеет значения отношение лица к вещи – фактический владелец только представляет непосредственного владельца и, следовательно, не обладает никакими правами на вещь, на него не распространяется владельческая защита.

Однако логичнее всё же остановиться на детальном рассмотрении института владельческой защиты непосредственных владельцев. Германское Гражданское уложение 1900 г. содержало положения, в соответствии с которыми владелец мог потребовать возвращения своего владения от лица, владение которого по отношению к нему является порочным, а также о восстановлении спокойствия владения посредством подачи возражения о прекращении любого влияния и воздействия на владение. Следовательно, «юридическое владение», которое имело место в римском праве, утратило своё нормативное и практическое значение. В ГГУ нашло закрепление именно «фактическое владение», предоставляющее своим обладателям посессорный иск.

Возможности владельческой защиты находились в прямой зависимости от объёма правомочий фактического владельца. Из этого можно заключить, что правомочия опосредованного владельца в части защиты владения были значительно ограничены: он не пользовался посессорной владельческой защитой в самостоятельном смысле этого слова, а равно самозащитой владения в отношениях с непосредственным владельцем. О последнем этого сказать нельзя. Отношение непосредственного владельца к вещи – более близкое, так что его владение оказывается сильнее. В силу того, что владельческая защита, как уже было сказано, основывается на факте владения вещью, именно непосредственному владельцу должны

быть предоставлены механизмы владельческой защиты.

Однако определенную специфику имеет защита нарушенных прав опосредованного владельца. При анализе п. 869 ГГУ мы можем прийти к выводу, что право на защиту у опосредованного владельца вытекает не из факта обладания вещью, а вследствие нарушения владения непосредственного. Судебная практика воплощает в себе эти подходы. Известны случаи, когда согласие непосредственного владельца на действия третьего лица не даёт опосредованному владельцу возможность защиты владения даже тогда, когда такое согласие противоречит обязанностям непосредственного владельца. Из вышеизложенного можно заключить, что правовые положения непосредственного и опосредованного владельца не тождественны друг другу, как не тождественны и способы защиты нарушенного права.

Владельцу в соответствии с п. 869 ГГУ предоставлялась возможность самозащиты своего владения. Так, владелец мог совершать действия фактического порядка в целях предотвращения самоуправных действий. Владельцу также предоставлялась возможность силой вернуть движимую вещь от посягателя, если он был застигнут на месте происшествия. В случае захвата земельного участка владелец вправе силой устранить нарушение его владения.

Как мы видим, немецкий правопорядок уделял (и поныне уделяет: значительная часть положений ГГУ имплементировалась современным законодательством) пристальное внимание вопросу о правовой регламентации института владельческой защиты.

Примерно в этот же временной период во главу угла встаёт реформа гражданского законодательства в Российской империи. Ответственность за разработку нормативного материала была возложена на редакционную комиссию по составлению Гражданского уложения. В 1894 г. комиссия составила «Проект первоначальных положений о владении с объяснениями», в котором нашли отражения основополагающие принципы правовой регламентации владения и владельческой защиты⁸. Итоговым документом,

⁸ В.А.Томсинов «Владение и его защита в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века», С.9

содержащим нормативные конструкции, регулирующие владение и владельческую защиту, стала третья книга «Вотчинное право» проекта Гражданского уложения. Немецкий опыт в определении конструкции владения не получил решающего значения, и конструкция владения в восприятии отечественного правопорядка имела несколько иную смысловую нагрузку. О правовой значимости института владения для российского законодателя мы можем заключить из положения института в структуре Гражданского уложения⁹.

В третьей книге проекта Гражданского уложения Российской империи нормы о владении и его защите были поставлены после норм о праве собственности. Объясняя эту особенность их расположения, редакционная комиссия заявила, что при определении структуры законодательного акта гораздо правильнее ориентироваться на интересы правоприменителей, располагая институты от простого к сложному, требующему глубокого анализа и осмысления¹⁰.

Подобное разъяснение редакционной комиссии приводит к заключению о том, что любая попытка определения столь сложного понятия не приблизит нас к его пониманию. Поэтому законодатель решил остановиться на моменте возникновения владения, фиксируя в этой дефиниции сущностные аспекты института в ст. 878. Статья констатировала, что владение возникает с поступления имущества во власть лица в соединении с намерением владеть этим имуществом для себя¹¹. В этом определении мы видим значительную конвергенцию с идеями римских юристов, а именно Павла, который писал, что «мы приобретаем владение физически и духовно, а не только духовно или только физически». Также здесь есть зачатки теории двойного владения, которая тоже нашла

отражение в проекте. Но так как тема нашей статьи консолидируется вокруг вопроса владельческой защиты, предлагается более обстоятельно изучить этот аспект проблемы.

Прежде всего, стоит сделать акцент на следующем обстоятельстве: разные трактовки владения подразумевают разные подходы к его защите. Из ст. 878 проекта Гражданского уложения следует, что владельческой защитой наделяются только те лица, у которых фактическое владение сопряжено с намерением владеть вещью для себя. К таким владельцам относились собственники, но в то же время лица, собственниками не являющиеся,

– воры. Однако они также наделялись владельческой защитой. Арендаторы или залогодержатели, исходя из этой логики, никаких возможностей защиты не имели. Это был явный пробел ст. 878, который нужно было устранять созданием иных механизмов посессорной защиты.

Статья 882 проекта гласила, что всякое (даже незаконное) владение охраняется законом от самовольного нарушения до тех пор, пока оно не будет прекращено

передачей вещи другому лицу¹². Из логики этой правовой нормы следует, что закон предписывает охранять владение до его фактического прекращения. Для освобождения государственной власти от обязанности защищать владение того или иного лица достаточно было сделать распоряжение о передаче имущества другому лицу.

В советском прошлом проблема правовой регламентации защиты владения отпала как таковая. Вещи, находившиеся в чьём-либо фактическом владении, приравнивались к бесхозяйственным и в этом качестве должны были поступать в собственность государства¹³.

Постсоветский период символизируется осторожными попытками вернуться к институту владельческой защиты через инструменты

**ВОЛЯ ВЫСТУПАЛА
РЕПЕРНОЙ ТОЧКОЙ
В УЧЕНИИ О ВЛАДЕНИИ
ПО ГЕРМАНСКОМУ
УЛОЖЕНИЮ. ИМЕННО
ПО НАПРАВЛЕНИЮ
ВОЛИ ВЛАДЕНИЕ
ДЕЛИЛИ НА ВЛАДЕНИЕ
СОБСТВЕННИКА
И ОПОСРЕДОВАННОЕ
ВЛАДЕНИЕ**

⁹ Там же. С.10

¹⁰ Там же. С.10

¹¹ Гражданское уложение. Проект высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. С. 727

¹² Там же. С. 727

¹³ Ст.143 ГК РСФСР 1964г.

приобретательной давности, устанавливающей добросовестное фактическое владение вещью. Следовательно, мы можем заключить о постепенном совершенствовании института владельческой защиты.

Приобретательная давность защищает владение фактического обладателя вещи от посягательств иных, беститульных владельцев¹³. Однако эта норма не приобрела эффективного воздействия в силу ряда очевидных причин. Во-первых, истец по иску, предусмотренному п. 2 ст. 234 ГК, должен доказывать добросовестность владения и другие факты, указанные в статье, что существенно затрудняет защиту и лишает её той оперативности, которая нужна для противодействия самоуправству. Во-вторых, эта защита невозможна против собственника и законного владельца, что лишает её смысла и означает совершенно непонятное поощрение самоуправства собственника. В-третьих, эта защита не может быть использована ни собственником, ни законным владельцем для собственной защиты от самоуправства, что, по сути, лишает её ценности владельческой защиты.

Но защита владения не исчерпывается только очерченными случаями. Возникают ситуации, когда для защиты владения необходимо доказать, что фактический владлец имеет законное основание на определённую вещь. Но эта ситуация совершенно неприемлема для рыночной экономики, так как в нормальных условиях развития хозяйственной жизни общества лица не должны хранить на всё подтверждающие права документы¹⁵.

Допустим, у девушки, гуляющей по парку, грабитель выхватил из рук сумочку. Она обращается в полицию, преступника ловят, девушке возвращают сумочку. Но делают это не потому, что она купила её в дорогом бутике и сохранила чек, а потому, что в момент совершения преступления сумочка находилась в её фактическом владении. Отсутствие института защиты фактического владения – явное упущение гражданского законодательства и Гражданского кодекса в частности.

На решение этой и многих других проблем ориентируется Концепция развития гражданско-

го законодательства (далее – Концепция)¹⁶. IV раздел «Законодательства о вещных правах» содержит предложение изменить структуру второго раздела Гражданского кодекса Российской Федерации, чтобы она выглядела следующим образом: подраздел 1 – «Владение», подраздел 2 – «Общие положения о вещных правах», подраздел 3 – «Право собственности», подраздел 4 – «Ограниченные вещные права». Как уже было сказано, значение юридических институтов определяется и их положением относительно других правовых норм. Концепция ставит во главу угла именно владение и владельческую защиту, с чем нельзя не согласиться.

Концепция определяет владение как фактическую

позицию, а не как субъективное право, и для его получения необходимы фактические, а не юридические действия. Владение достигается путём передачи вещи или иным способом, который позволяет установить наличие господства над ней. Отсюда владение ни в коем случае нельзя рассматривать как волеизъявление,

В СОВЕТСКОМ ПРОШЛОМ ПРОБЛЕМА ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ЗАЩИТЫ ВЛАДЕНИЯ ОТПАЛА КАК ТАКОВАЯ. ВЕЩИ, НАХОДИВШИЕСЯ В ЧЬЁМ-ЛИБО ФАКТИЧЕСКОМ ВЛАДЕНИИ, ПРИРАВНИВАЛИСЬ К БЕСХОЗЯЙСТВЕННЫМ И В ЭТОМ КАЧЕСТВЕ ДОЛЖНЫ БЫЛИ ПОСТУПАТЬ В СОБСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВА

¹³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ

¹⁴ (ред. от 23.05.2018) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301., п.2 ст.234

¹⁵ Вестник Арбитражного суда Московского округа № 1 2015 // «Реформой вещного права мы замахнулись на основу основ» // URL: <http://www.fasmo.arbitr.ru/files/pdf/>

ref_vesh_prava_001.pdf

¹⁶ <https://base.garant.ru/12176781/>

¹⁷ Вестник ВАС РФ №4/2009 // А.А.Иванов «О проекте Концепции развития законодательства о вещном праве».

направленное на порождение юридических последствий¹⁷.

Назначение владельческой защиты – это борьба с насильственными, самоуправными действиями. Введение владельческой защиты существенно укрепит надёжность оборота и создаст эффективные юридические средства против захвата чужого имущества¹⁸. Владение стоит перед правом собственности, выступая необходимой предпосылкой его возникновения¹⁹. Однако это совсем не значит, что оно не должно защищаться как таковое, именно как фактическое состояние господства над вещью. Основная идея в том, что владельцу, имущество которого было из его владения помимо его воли, отныне не нужно будет доказывать своё право собственности на это имущество. Суд в рамках упрощенной процедуры возвратит вещь, выбывшую в результате самоуправства другого лица. Действительно, доказывание своего права с помощью необходимых письменных сведений или справок лишь затягивает процесс, предоставляет время нарушителю увести актив и избавиться от ответственности. В связи с этим институт посессорной защиты повысит устойчивость гражданского оборота и эффективность юридической защиты нарушенного права.

Но возникает вполне логический вопрос: почему владельческая защита до сих пор нормативно не закреплена как отдельный институт, если её необходимость не вызывает сомнений?

Реформа вещного права – это вопрос не столько юридический, сколько экономический и политический. Кардинальное изменение второго раздела ГК неизбежно повлечёт за собой изменения всего корпуса гражданского законодательства, регулирующего вещные правоотношения. Ко всему прочему, Концепция предполагает принципиальный пересмотр земельных отношений, но это уже отдельная тема для исследования.

На стороне защиты владения и имплементации этого правового института в систему современного законодательства стоят авторитетные юристы: профессор Е. А. Суханов, к.ю.н. Р. С. Бевзенко, председатель ВАС с 2006 по 2014 гг., к.ю.н. А. А. Иванов, а также В. В. Чубаров, А. А. Завьялов, О. М. Козырь и другие. Все они стоят на позициях обеспечения устойчивости владения и стабильности гражданского оборота в целом. Остаётся только надеяться на то, что необходимые предпосылки будут сформированы в ближайшее время и реформу не отложат в «долгий ящик» ещё на пару десятков лет.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2018) // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.
2. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) // URL: <https://base.garant.ru/12176781/>
3. Вестник Арбитражного суда Московского округа №1 2015 // «Реформой вещного права мы замахнулись на основу основ» // URL: http://www.fasmo.arbitr.ru/files/pdf/ref_vesh_prava_001.pdf
4. Гражданское право: учебник: в 4т. // отв.ред. Е.А.Суханов // М.: Статут, 2019. – С.30.
5. Гражданское уложение. Проект высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения.
6. Иванов А. А. «О проекте Концепции развития законодательства о вещном праве» // Вестник ВАС РФ №4/2009.
7. Иеринг Р. «Об основаниях защиты владения» // б основании защиты владения : Пересмотр учения о владении : Пер. с нем. 2-го испр. и доп. изд. / Соч. д-ра Рудольфа фон-Иеринга. – М.: тип. А. И. Мамонтова и К°, 1883. – 179 с.
8. Сеницын С. А. Владение и владельческая защита в гражданском праве государств континентальной Европы. М.:Статут,2012.
9. Томсинова А. В. «Понятие «владение» в Германском гражданском уложении 1900 г.: критический анализ».
10. Томсинов В. А. «Владение и его защита в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX — начала XX века».

¹⁸ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.)// абз.3п.1.1 подраздела 1 «Владение».

¹⁹ Гражданское право: учебник: в 4т. // отв.ред. Е.А.Суханов // Москва :Статут, 2019. С.30.



УДК 347.78



Нуждаева Валерия Васильевна
nuzhdaeva.valerya@yandex.ru

студент 4 курса бакалавриата
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Valerya Nuzhdaeva

4th - year student of bachelor program
Faculty of Law named after M.M. Speransky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

Научный руководитель:

Лаптев Геннадий Андреевич

кандидат юридических наук, доцент
кафедры гражданского права и процесса
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Academic supervisor:

Gennadiy Laptev

PhD in Law, associate professor
Chair of civil law and process
Faculty of Law named after M.M. Speransky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of National
Economy and Public Administration

ПРОБЛЕМЫ ВВЕДЕНИЯ ПАТЕНТНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

PROBLEMS OF INTRODUCTION OF THE PATENT AND LEGAL PROTECTION OF COMPUTER PROGRAMS IN THE RUSSIAN FEDERATION

АННОТАЦИЯ: Автором рассмотрены основные проблемы патентно-правовой охраны компьютерных программ в Российской Федерации, а также зарубежный опыт охраны. Кроме того, проанализирована недостаточность правовой охраны программного обеспечения авторским правом, приведены возможные варианты патентования программного обеспечения. Автором сделан вывод о тенденции к гармонизации нормативно-правового регулирования в сфере патентования программного обеспечения.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: программа для ЭВМ, компьютерная программа, патент, патентное право, авторские права, произведения, софт.

ANNOTATION: The author considers the main problems of patent and legal protection of computer programs in the Russian Federation, as well as foreign experience in protection. In addition, the lack of legal protection of software by copyright is analyzed, possible options for patenting software are presented. The author concludes that there is a trend towards harmonization of legal regulation in the field of software patenting.

KEYWORDS: computer program, patent, patent law, copyrights, works, software.

ВВЕДЕНИЕ

Компьютерные программы являются сравнительно новым объектом правовой охраны, однако с развитием технологий они стали приобретать всё большее значение для общества и государства. Разработчики Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации указали, что оно должно соответствовать современному уровню развития техники, а также стимулировать разработку и широкое использование новых технологий, не нарушая при этом интересы правообладателей¹.

Исходя из этого, представляется приоритетным развитие новых подходов к охране результатов интеллектуальной деятельности. Не все методы, успешно реализуемые за рубежом, готовы к применению в отечественной среде. Внедрение отдельных регулятивных средств требует корректировок, применение же других невозможно без кар-

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.) / СПС «Консультант Плюс».

динальных изменений. Отдельным вопросом является оправданность приоритета патентной охраны перед легально установленной авторско-правовой.

Несовершенство существующих форм защиты компьютерных программ заставляет правообладателей искать новые методы, в том числе и в иностранных юрисдикциях. В силу прямого отнесения программы к объектам авторского права, она охраняется с момента создания. Однако из-за определённых особенностей данного объекта это не гарантирует защиту от нарушения исключительных прав.

Практическими преимуществами патентования софта и его дальнейшей коммерциализации являются, в частности, возможность для владельца патентных прав извлекать доходы из договоров лицензирования, использовать объект интеллектуальной собственности (далее ОИС) в качестве средства обеспечения обязательств (залога) при заключении всевозможных сделок. Весьма распространённым способом формирования уставного капитала компании является внесение учредителем принадлежащего ему ОИС². Экспорт продуктов, относящихся к программному обеспечению и являющихся объектами патентных прав, существенно влияет на конкурентные преимущества немногочисленных предприятий, в том числе в сфере электронной коммерции, а также препятствует введению на рынок зарубежных аналогов. По некоторым оценкам, до 80% мировой торговли приходится на товары, содержащие результаты интеллектуальной деятельности [1, с. 124-127]. Из этого следует, что развитие рынка в целом и рынка инновационных продуктов напрямую зависит от степени адекватности предоставления правовой охраны. Однако получение патента не гарантирует безрискового использования той разработки, в которой представлено запатентованное разработчиками техническое или технологическое решение, поскольку значительную роль в его защите играют патентная чистота и уровень техники.

Зачастую призывы коренным образом изменить законодательство вызваны элементарным незнанием всего инструментария, который предоставлен российским правом интеллектуальной собственности. К тому же, безосновательное

введение дополнительных процедур охраны и расширение перечня объектов промышленной собственности могут инспирировать злоупотребления со стороны крупных компаний, практикующих разработку программного обеспечения (патентных троллей).

Таким образом, автором работы поднимается вопрос о соотношении и возможных преимуществах авторской и патентной форм охраны программного обеспечения. Анализируется перспектива патентно-правовой охраны программ и её достоинства в отечественной правовой системе.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПАТЕНТНОЙ ФОРМЫ ОХРАНЫ

1. Основоположителем промышленного производства софта является компания «Remington Rand Corporation» (1951 г.). Первая ЭВМ для использования в научных исследованиях с использованием транзисторов была выпущена в 1953 г. фирмой «IBM». В течение 50-х годов упомянутая выше фирма заняла место лидера на рынке цифровых ЭВМ. В это время в большинстве государств концепция о непатентоспособности программ ЭВМ являлась преобладающей.

Европейская патентная конвенция 1973 г. [Convention on the Grant of European Patents] определяет компьютерную программу как самостоятельное изобретение, функционирование которого предполагает наличие соответствующего аппаратного обеспечения (компьютерная сеть или программное устройство). Отдельное положение данного акта гласит, что правовая природа компьютерных программ не предполагает наличия в ней патентоспособных признаков в отрыве от материально-технической составляющей, свойственной объектам патентования (ст. 52 (2) Конвенции). Эта статья традиционно является объектом критики Европейского патентного ведомства. Так, в 2004 году Апелляционная палата Европейского патентного ведомства уточнила, что рассматриваемая норма не содержит запрета на патентование компьютерных программ в целом, однако не все «технические решения» подлежат патентованию. В деле T258/03 (Auction

² Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 26.01.2017 г. по делу № А43-29969/2016 // <https://sudact.ru/arbitral/doc/mtA5ck7iMvrB/> (Дата обращения: 18.03.2020).

method/Hitachi) указывалось, что техническое решение предполагает наличие «инновационной» составляющей или решение существующей технической проблемы (например, увеличение скорости работы компьютерного устройства посредством облегчённого доступа к внутренней памяти, как сказано в более позднем решении данного органа [11]).

В итоге из-за противоречивого правового регулирования процессуально заинтересованные органы, а именно суды, не смогли сформировать

ИЗ-ЗА ПРОТИВОРЕЧИВОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОЦЕССУАЛЬНО ЗАИНТЕРЕСОВАННЫЕ ОРГАНЫ, А ИМЕННО СУДЫ, НЕ СМОГЛИ СФОРМИРОВАТЬ ЕДИНООБРАЗНУЮ ПРАКТИКУ В СФЕРЕ ПАТЕНТОВАНИЯ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ

единообразную практику в сфере патентования компьютерных программ. В стремлении систематизировать компьютерные программы, подлежащие патентно-правовой защите, учёные не пришли к единому мнению. Последователи одной точки зрения дифференцировали программы по наличию или отсутствию в них технического эффекта, их оппоненты настаивали на безапелляционном отнесении всех программ к категории патентоохраняемых с презюмированием технического эффекта в силу взаимодействия с аппаратным обеспечением [12, р. 17].

Эволюция патентного регулирования в ЕС также не привела к единообразию. Причиной такого развития являются региональные противоречия в патентном законодательстве и их несоответствие общим принципам ЕС. Подобные «контрадикции» существенно затрудняют охрану результатов интеллектуальной деятельности и не способствуют формированию единой правоприменительной практики. Например, в деле *Aerotel v Telco and Macrossan's Application* (2006 г.) решением Апел-

ляционного суда Англии и Уэльса по двум разным жалобам (в частности, против Ведомства интеллектуальной собственности Великобритании) была предпринята новая, не соответствующая Европейской палате по патентным спорам, трактовка технической инновации. Судьи отметили, что объект представляет собой нечто большее, чем «метод ведения бизнеса», поскольку имела место новая комбинация аппаратного обеспечения. Такое решение вступало в противоречие как с формируемой общеевропейской практикой, так и с Европейской патентной конвенцией. К тому же, согласно подпунктам b и c п. 1 статьи 3 Закона Соединённого Королевства об авторском праве, промышленных образцах и патентах (1988 г.), программное обеспечение и предварительные материалы разработки компьютерной программы относятся к охраняемым литературным произведениям, что отражает традиционный европейский подход.

Таким образом, единая практика применения патентно-правовой охраны программного обеспечения в ЕС не сформирована. К тому же, существуют определённые противоречия в законодательстве, регулирующем авторско-правовые и патентно-правовые средства защиты результатов интеллектуальной деятельности при их очевидной разнице.

Апелляционная палата Европейского патентного ведомства отмечает, что каждая компьютерная программа «как таковая» (as such) вызывает «технический эффект» при работе на компьютере в виде электрических токов в электронных схемах процессора компьютера. Поскольку Европейская патентная конвенция исключает компьютерные программы «как таковые» из патентной охраны, этот технический эффект сам по себе, по-видимому, недостаточен для получения патента [10].

2. В апреле 1965 г. в США была организована Президентская комиссия, в задачи которой входила разработка рекомендаций по изменению патентной системы. В 1966 г. комиссия сделала вывод о непатентоспособности программ ЭВМ. В этом же году Патентное ведомство США опубликовало временные указания, согласно которым некоторые алгоритмы были признаны патентоспособными.

В 1967 г. в Конгресс США был внесён законопроект, в котором учитывались рекомендации упомя-

нутой выше комиссии, однако проект встретил серьёзные возражения и не был принят. Следующим этапом в развитии механизма охраны программ ЭВМ явилось дело «Benson», рассмотренное Верховным судом США в 1972 г. Оно касалось патентной охраны вычислительного алгоритма. Верховный суд вынес решение о невозможности охраны программ ЭВМ, так как она представляет собой реализацию математического алгоритма (по переводу чисел из одного бинарного представления в другое). Это решение нашло подтверждение в более поздних решениях. Например, Верховный суд в решении по делу «Flook» в 1978 г. установил, что формула, в которой использованы математические алгоритмы, непатентоспособна.

Исключение составляли программы, которые очевидно представляли собой изобретения. В 1976 году в деле «Dann v. Johnston» оспаривался отказ в выдаче патента на «автоматическую систему для учёта банковских чеков и депозитов». Патентное ведомство обосновало свой отказ тем, что заявленный объект являлся не устройством, а методом ведения банковского бизнеса. Судья Тургуд Маршалл обратил внимание на повсеместную распространённость компьютерных устройств в банковской сфере, что дало основания считать разработку инновационным устройством, исходя, по сути, из очевидности, а не из норм патентного права.

В январе 1978 г. вступил в силу новый Закон об авторском праве США. Конгресс сформировал Национальную комиссию по вопросам использования новой технологии, защищённой авторским правом, которая выработала рекомендации по охране программ ЭВМ авторским правом. Одна из основных рекомендаций заключается в том, что каждая используемая программа для ЭВМ должна быть записана во внутренней памяти машины, чтобы её всегда можно было проконтролировать.

Ситуация диаметрально изменилась в 1998 году после решения Апелляционного суда США по федеральному округу по делу *State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group, Inc.* Патентоспособность компьютерной программы как изобретения стала пропорциональна уровню полезности в практическом применении (если «оно даёт полезный, конкретный и ощутимый результат»). В итоге были стёрты ограничения и критерии в патентоспособности, что привело к тоталь-

ному патентованию программного обеспечения, несмотря на его нематериальную природу. В 1991 г. на патенты, связанные с программным обеспечением, приходилось около 20% годового объёма патентоспособных продуктов; к 2011 г. они составляли около 50%. Абсолютное количество патентов на программное обеспечение выросло с 25 000 до 125 000 в год [6].

Другим поворотным событием стало дело *Bilski v. Kappos* (2008 г.) Суд заявил, что критерия «machine-or-transformation» недостаточно для определения патентоспособности объекта и целесообразно от него отказаться. Ведь до 1998 г. методы ведения бизнеса, заложенные в программу, считались не охраняемыми патентным правом – например, в деле *Joseph E. Seagram & Sons v. Marzell* было отказано в выдаче патента на «слепое тестирование» смесей виски для выявления потребительских предпочтений как противоречащему нуждам развития науки и промышленности. Судьи отметили, что категорическое исключение методов ведения бизнеса из категории патентоохраняемых объектов может соответствовать закону только при условии абстрактности заявленного метода. Поэтому, исходя из анализа модифицированных критериев определения патентоспособности методов ведения бизнеса, суд позволил относить их к патентоохраняемым.

3. Неоднозначное толкование объектов патентной охраны и несовершенство критериев их дифференциации обусловили некоторые злоупотребления, возникающие при патентовании. Коммерциализация отношений, возникающих в интеллектуально-правовой сфере, привела к тому, что исключительные права на объекты промышленной собственности всё чаще осуществляются без учёта их институционально-функционального назначения в целях получения дополнительного обогащения и воспрепятствования деятельности конкурентов [2, с. 44–99]. Исследование В. Н. Коэна (W. N. Cohen) показывает, что мотивом «блокирования патентов конкурентов» в качестве основания получения патентов руководствуются более 70% всех инновационных фирм [13]. Самыми шумевшими признаны судебные процессы с участием Apple Inc. и Samsung Electronics Co. Уже к августу 2011 г. Apple и Samsung инспирировали 19 споров в девяти странах мира; к октябрю количество стран расширилось до десяти.

Другим известным «сутяжником» является Microsoft. В деле Microsoft Corp. против AT & T Corp. компания экспортировала за границу программный диск Windows с дополнительными функциями, в том числе функцией обработки речи, защищённой одним из патентов AT & T, с намерением скопировать программное обеспечение за границей для установки на компьютеры иностранного производства. Верховный суд признал, что программный код не является компонентом запатентованного изобретения, а «копирование» не относится к поставке, тем самым признав действия Microsoft соответствующими законодательству США. Однако с той оговоркой, что правомерность таких действий необходимо устанавливать также согласно законодательству страны, в которой происходит копирование, тем самым открыв законодательную лазейку для вывода программного обеспечения из страны и копирования на аппаратном обеспечении другого производителя.

Проблема представляет собой злоупотребление патентными правами и выражается в предъявлении огромного количества исков для пресечения, как правило, мнимых нарушений исключительных прав. В этой ситуации субъекты, стремясь войти на рынок конкретной инновационной продукции, сталкиваются с сотнями существующих в данной сфере патентов. При этом о многих из них изобретатели объективно могут узнать уже после предъявления к ним требования о нарушении исключительного права. Организацией «патентных зарослей» занимаются такие компании, как Google, Intel, и, разумеется, Apple, которая только за 2007 год получила более 200 патентов на iPhone.

Очевидно, что производители программного обеспечения стремятся монополизировать занимаемую нишу, не затронув при этом нормы антимонопольного законодательства. Конкурентам, а также потенциальным лицензиатам необходимо на перманентной основе оценивать, не имеют ли они дело с патентом, действительность которого может быть оспорена. При этом, как отмечено В. Холзером (Walter Holzer), «даже эксперты патентного ведомства не могут быть осведомлены обо всех фактах или обстоятельствах, которые могут явиться основанием для признания патента недействительным после предоставления» [14].

Возможна противоположная ситуация: конкуренты правообладателя приобретают патенты на тривиальные аналоги первоначальной разработки. Они окружают патент или технологию изобретателя своими патентами так, что по прошествии времени разработчик инновации оказывается не в состоянии модифицировать, эффективно использовать и совершенствовать свою разработку.

ОРГАНИЗАЦИЕЙ «ПАТЕНТНЫХ ЗАРОСЛЕЙ» ЗАНИМАЮТСЯ ТАКИЕ КОМПАНИИ, КАК GOOGLE, INTEL, И, РАЗУМЕЕТСЯ, APPLE, КОТОРАЯ ТОЛЬКО ЗА 2007 ГОД ПОЛУЧИЛА БОЛЕЕ 200 ПАТЕНТОВ НА IPHONE

Таким образом, избрание патентной охраны в качестве предпочтительного способа защиты программного обеспечения породило огромное количество проблем, решение которых многие исследователи находят только в том, чтобы исключить компьютерные программы из перечня объектов патентной охраны и признать недействительными большинство ныне действующих патентов на ПО.

АВТОРСКО-ПРАВОВАЯ И СМЕШАННАЯ ФОРМЫ ЗАЩИТЫ КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ

1. Использование исключительно авторско-правовых средств охраны компьютерных программ сложно считать эффективным. Тем не менее, именно эти способы защиты наиболее применимы в отечественных реалиях, ввиду отсутствия крупных разработчиков программного обеспечения, а также необходимости защиты программы как единого результата интеллектуальной деятельности.

В соответствии с законодательным определением программы для ЭВМ исходный код, объектный код, аудиовизуальные отображения и под-



готовительные материалы являются составной частью программы для ЭВМ. По мнению С. П. Гришаева, программа для ЭВМ – это текст, объективированный любым образом: на бумаге, в памяти ЭВМ, в виде изображения на экране монитора. При этом автор отмечает, что каждое аудиовизуальное произведение, взятое в отдельности (например, интерфейс программы iBooks на macOS), может рассматриваться как художественное произведение или произведение изобразительного искусства и, соответственно, должно охраняться как отдельный объект авторского права [4]. Представители другой точки зрения считают, что аудиовизуальные отображения имеют прикладной характер по отношению к самой программе или являются её частью и используются для ввода и вывода информации [5, с. 31-32].

2. Главной особенностью режима охраны программ для ЭВМ, отграничивающей эти объекты от литературных и художественных произведений, является возможность их добровольной государственной регистрации (ст. 1262 ГК РФ) в специально предусмотренном органе – Роспатенте: «Правообладатель в течение срока действия исключительного права на программу для ЭВМ или на базу данных может по свое-

му желанию зарегистрировать такую программу или такую базу данных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности». В отличие от объектов промышленной собственности с регистрационным порядком возникновения прав, заявительный характер государственной регистрации программ для ЭВМ не подразумевает проведения экспертизы – от заявителя требуется только надлежащее составление заявки (согласно императивно установленным нормам, с предоставлением необходимых материалов о регистрируемом объекте) и уплата государственной пошлины. Заявка на государственную регистрацию программы должна содержать:

- заявление о государственной регистрации программы для ЭВМ с указанием правообладателя, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового;
- места жительства или места нахождения каждого из них;
- депонируемые материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ, включая реферат [7, с. 22-29].

Согласно предшествующему Административному регламенту предоставления государствен-

ной услуги по государственной регистрации программы для ЭВМ³, материалы, которые идентифицируют программу, предоставлялись посредством распечатки (не более 70 страниц) исходного кода. Такой порядок в некотором смысле озадачивал создателей программы, поскольку в указанный объём не всегда удавалось поместить информацию, достаточную для отождествления или распознавания программы в спорной ситуации. В июле 2016 г. в силу вступил новый Регламент государственной регистрации⁴. Теперь объём депонируемых материалов не ограничивается 70 страницами, а в заявку на государственную регистрацию разрешено включать подготовительные материалы и аудиовизуальные отображения, практически в любой форме. Всё это значительно увеличивает шансы автора доказать факт нарушения исключительных прав, однако данная процедура так и не приобрела правоустанавливающего характера, что не даёт оснований считать регистрацию компьютерной программы надёжным способом защиты.

Идея совокупного использования патентных и авторско-правовых средств защиты программного обеспечения активно обсуждалась многими учёными [12, р. 27-62]. С одной стороны, смешанная защита позволяет правообладателю защитить программу от копирования с помощью авторско-правовых средств и запретить третьим лицам использование заявленного изобретения посредством патентной охраны. Однако обращение к такой всеобъемлющей защите может негативным образом сказаться на технологической эволюции, поскольку осложнит положение предприятий мелкого и среднего звена на рынке. Вариант решения данной проблемы состоит в уменьшении сроков охраны программного изобретения, а также в исключении определённых классов программ из под действия патентно-правовой охраны.

Применительно к отечественному праву логично конкретизировать, что алгоритм програм-

мы не может быть элементом, который защищается авторским правом (в рамках ст. 1261 ГК РФ).

ОСОБЕННОСТИ ПОЛУЧЕНИЯ ПАТЕНТА НА ЭЛЕМЕНТЫ КОМПЬЮТЕРНОЙ ПРОГРАММЫ ПО ОТЕЧЕСТВЕННОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

1. Следует отметить, что в термине, использованном в отечественном гражданском законодательстве («программа для ЭВМ») содержится неточность: в ст. 1261 Гражданского кодекса РФ указано, что программа для ЭВМ предназначена для функционирования как самих ЭВМ, так и других компьютерных устройств, что позволяет сделать вывод о том, что ЭВМ – это так называемый частный случай «компьютерных устройств». Круг последних, в свою очередь, ни законодателем, ни другим официальным источником не установлен. Таким образом, образуется законодательный пробел, который необходимо устранить путём обозначения признаков и свойств компьютерных устройств и для которого в качестве объекта предназначаются программы. На необходимость обновления понятийного аппарата указывает и то, что ГОСТ 15971-90 «Системы обработки информации. Термины и определения»⁵ не актуален для сегодняшнего уровня техники. Перечень устройств, на которых функционируют программы, стремительно расширяется, а вычислительные машины, основанные на лампах (включено в ГОСТ 15971-90), не использовались уже на момент создания ГОСТа. К подобным выводам склоняются и многие учёные, практически не упоминая в своих трудах термин «программы для ЭВМ» [9].

2. Статья 1350 ГК РФ определяет изобретение как техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осу-

³ Административный регламент исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на государственную регистрацию программы для электронных вычислительных машин и заявок на государственную регистрацию базы данных, их рассмотрения и выдачи в установленном порядке свидетельств о государственной регистрации программы для ЭВМ или базы данных // http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/documents/russian_laws/order_minobr/administrative_regulations/adm_regl_gos_reg_bd_evsm

⁴ Административный регламент предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации программы для электронных вычислительных машин или базы данных и выдаче свидетельств о государственной регистрации программы для электронных вычислительных машин или базы данных, их дубликатов // http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/documents/russian_laws/order_mert_prik_mert_210_05042016#Adm_reg

⁵ См. ГОСТ 15971-90 «Системы обработки информации. Термины и определения» Государственный комитет СССР по управлению качеством продукции и стандартам. Москва. 1991

ществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств). Сущность изобретения как технического решения состоит в том количестве существенных признаков, которого достаточно для достижения обусловленного изобретением результата [3, с. 96]. Таким образом, охрана компьютерной программы (в составе программного комплекса) в качестве изобретения может быть реализована в виде способа или устройства. О. В. Ревинский отмечает, что в целом программы можно отнести к объектам патентной охраны, если понимать их как технические реализации идей, тесно связанные с аппаратным обеспечением самого компьютера [8, с.28-36]. Ярким примером является отечественная компания ABBYY, которая получила патент на «Способ распознавания текстовой информации из векторно-растрового изображения». На практике компания-производитель создала программу, которая распознаёт символы с помощью классификаторов.

Получается, что исходя из наличия или отсутствия у программного обеспечения прямой физической связи с аппаратным обеспечением, можно говорить о возможности патентной охраны в отношении рассматриваемого результата интеллектуальной деятельности в качестве изобретения или полезной модели.

3. Представляется, что компьютерная программа для необходимости патентной охраны должна входить в программно-аппаратный комплекс с обязательным соблюдением условий патентоспособности изобретения: изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо.

При составлении описания изобретения или полезной модели важно составить схему программно-аппаратного комплекса с учётом взаимообусловленности всех составляющих последнего. Потенциальному правообладателю необходимо прописать принцип действия этого комплекса – например, приведя математические алгоритмы и их влияние на работу аппаратной части. Широко известная компания Microsoft является обладателем патента на «Эффективную навигацию результатов поиска» RU2456661. Формула изобретения: «Реализуемый компьютером способ, использующий одно или более из процессора и машинчитаемых носителей для навигации по результатам

поиска, которые генерируются в ответ на поисковой запрос, который, в свою очередь, состоит из далее представленных этапов...».

Таким образом, становится ясно, что для формулы изобретения, которое по своей природе является математическим алгоритмом компьютерной программы, заявителю выгодно выбирать способ. Проблемы могут возникнуть при описании устройства признаками способа и могут привести к аннулированию патента. Большое количество изобретателей считают целесообразным

СМЕШАННАЯ ЗАЩИТА ПОЗВОЛЯЕТ ПРАВООБЛАДАТЕЛЮ, С ОДНОЙ СТОРОНЫ, ЗАЩИТИТЬ ПРОГРАММУ ОТ КОПИРОВАНИЯ С ПОМОЩЬЮ АВТОРСКО- ПРАВОВЫХ СРЕДСТВ И ЗАПРЕТИТЬ ТРЕТЬИМ ЛИЦАМ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЗАЯВЛЕННОГО ИЗОБРЕТЕНИЯ ПОСРЕДСТВОМ ПАТЕНТНОЙ ОХРАНЫ

относить изобретение к устройству в качестве родового понятия исключительно в независимых пунктах формулы, что, однако, применяется не во всех юрисдикциях. Из этого можно понять, что на практике фактически отсутствует механизм предотвращения патентования программ, выполняющих исключительно вычислительные функции.

Такая позиция в некотором роде соответствует распространённым европейским и американским представлениям, начиная с 1998 года, но в итоге патентной защиты лишается большое количество потенциально патентоспособных компьютерных программ, обладающих индивидуальным объектным кодом. Конкретизация в нормах ГК РФ правового положения изобретений, реализуемых с помощью программного обеспечения, позволит разрешить вопрос об отнесении последних к категории патентоохраняемых, а при грамотно со-

ставленных критериях включения в объекты промышленной собственности позволит избежать того пагубного воздействия на конкурентную среду, которое наблюдается в США.

На практике такую конкретизацию возможно осуществить посредством дополнения ст. 1350 ГК РФ, расширив условия патентоспособности изобретения. Выделение этого вопроса в отдельную статью представляется нерациональным, поскольку норма, посвящённая правовому положению компьютерных программ, содержится в положениях, относящихся к авторскому праву. Также предлагается ввести норму, содержащую некоторые ограничения в составлении формулы. Так, она не должна представлять собой метод осуществления банковской, юридической или иной деятельности, описанной на языке программирования и формально относящейся к объекту, описанному в ст. 1261 ГК РФ.

На основании изложенного предлагается конкретизировать и расширить общие положения патентного права, не затрагивая при этом стройность структуры четвёртой части ГК РФ.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Резюмируя, отметим, что исторический и зарубежный опыт позволяют сформировать представление о возможных последствиях внедрения патентной формы охраны и защиты компьютерных программ в Российской Федерации. Постоянные споры о наличии экономических и юридических предпосылок к патентованию компьютерных программ, а также сомнительная нормативная база не характеризуют зарубежный опыт с положительной стороны и дают основания считать механическую рецепцию условием нарушения существующей, пусть и несколько несовершенной, системы охраны.

Вместе с тем ограниченная защита в строго контролируемых пределах может послужить мотивацией для развития отечественных разработчиков, которые получают возможность извлекать прибыль из монополии на изобретение.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Быков Н. С. Система гражданско-правовых средств охраны компьютерных программ. Дисс. ... канд. юрид. наук, Москва. 2013. – С. 18-19.
2. Васильев В. В. Понятие интеллектуальной собственности в законодательстве Российской Федерации // Проблемы права. 2012. № 5(36). – С. 124-127.
3. Ворожевич А. С. Вызовы современным патентным системам и ответы на них // Вестник гражданского права. 2014. – С. 44-99.
4. Городов О. А. Право промышленной собственности: Учебник. – М.: Статут, 2011.
5. Гринь Е. С. Правовая охрана авторских прав: учебное пособие для магистров. – М.: Проспект. 2016. – С. 31-32.
6. Гришаев С.П. Интеллектуальная собственность: учебное пособие. – М.: Юристъ, 2004.
7. Доклад о положении в области интеллектуальной собственности в мире // URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_944_2011.pdf (Дата обращения: 18.03.2020).
8. Кондратьева Е. Критерии отнесения произведений к объектам авторских прав. Проблемы правового регулирования // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 8. – С. 22-29.
9. Ревинский О. В. Компьютерное программное обеспечение в составе имущества фирмы // Имущественные отношения в РФ 2010. №2. – С. 28-36.
10. Ревинский О. В. Что и как можно усовершенствовать в четвертой части ГК РФ // Патенты и лицензии. №10. 2009. – С. 2-8.
11. 0928/03 (Video game/KONAMI) of 2.6.2006 // URL: <https://www.epo.org/law-practice/case-law/appeals/recent/t030928eu1.html> (Дата обращения: 18.03.2020).
12. Cohen W.M., Nelson R.R., Walsh J.P. Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not).
13. Ballardini Rosa Maria. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software. IN SEARCH OF NEW IP REGIMES, IPR University Center, 2010. – pp. 27-62.
14. Ballardini Rosa Maria. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software. IN SEARCH OF NEW IP REGIMES, IPR University Center, 2010. – pp. 27-62.
15. Holzer W. Effective Mechanisms for Challenging the Validity of Patents URL: http://www.wipo.int/export/sites/www/meetings/en/2006/scp_of_ge_06/presentations/scp_of_ge_06_holzer.pdf



УДК 347.2/.3



Жук Илья Александрович
(nikodim.zhuk.99@bk.ru)

студент 2 курса бакалавриата
юридического факультета
имени М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности
Российской академии народного хозяйства и
государственной службы при Президенте РФ

Ilia Zhuk

2nd - year student of bachelor
program
Faculty of Law named after
M.M. Speranky
Institute of Law and National
Security
Russian Presidential Academy
of National Economy
and Public Administration

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ КОНСТРУКЦИИ УЗУФРУКТА В ОТЕЧЕСТВЕННОМ И ЗАРУБЕЖНОМ ПРАВЕ

COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF USUFRUCT CONSTRUCTION IN DOMESTIC AND FOREIGN LAW

АННОТАЦИЯ: Актуальность проблемы заключается в эффективном использовании юридической конструкции узупрукта в рамках отечественного гражданского законодательства. В работе исследованы особенности практического применения данной конструкции. Учтена мировая практика использования узупрукта, рассмотрены основные проблемы его использования. В ходе работы сделан вывод об актуальности использования узупрукта в современной отечественной правовой действительности.

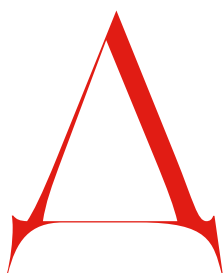
КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:

вещное право, узупрукт, реформирование гражданского законодательства, узупруктуарий, собственник вещи.

ANNOTATION: The relevance of the problem lies in the effective use of the legal structure of usufruct in the framework of domestic civil legislation. The paper studies the features of practical application of this design. The world practice of using usufruct is taken into account, and the main problems of its use are considered. In the course of the work, a conclusion is made about the relevance of the use of usufruct in modern Russian legal reality.

KEYWORDS: *property law, usufruct, civil law reform, usufructuary, owner of a thing.*

ВВЕДЕНИЕ



анная правовая конструкция (узупрукт) уходит своими корнями в римское частное право. Наиболее точный подход к раскрытию существенного содержания узупрукта описывает Д. В. Дождев: «Римская юридическая конструкция узупрукта (*ususfructus*), на начальных этапах развития римского права, представляет собой одну из разновидностей личного (неотчуждаемого) сервитута. Но с течением времени узупрукт стал самостоятельной разновидностью ограниченных вещных прав. Классическое представление об узупрукте как о разновидности ограниченных вещных прав дано в Дигестах Юстиниана: *usufructus est ius alienes rebus utendi fruendi salva rerum substantia* – узупрукт есть вещное, чисто личное, полное право пользования и извлечения плодов из чужой не потребляемой вещи без изменения её сущности»¹. Из данного определения следует, что узупрукт состоит из двух составных частей: права пользования чужой вещью как своей собственной и права пользования на производные от неё плоды. Помимо этого, на узупруктуария накладывался ряд ограничений и обязанностей, в частности это обязанности по несению текущих расходов, по содержанию вещи, а также обязанность по возврату вещи по окончании срока действия узупрукта. Однако самая важная обязанность узупруктуария, которая и является отличительной особенностью узупрукта, – это обязанность сохранения первоначального характера вещи (сохранение субстанции). Лицо, пользующееся чужим имуществом, помимо всех вышеперечисленных прав обладало пра-

¹ Барон Ю. Система римского гражданского права: Учебник. С. 103

вом пользования и владения в классическом, современном его значении. Право распоряжения имуществом сохранялось за собственником вещи, в отношении которой был составлен узуфрукт. Но стоит отметить, что преимущественное право пользования имуществом закреплялось не за собственником вещи, а за узуфруктуарием. Более того, многие исследователи выделяют дополнительные, специфические особенности правового режима узуфрукта по отношению к собственнику. Так, например, В. М. Хвостов выделяет следующие особенности: «Собственник вещи не мог воздействовать на свою собственную вещь, препятствуя узуфруктуарию осуществлять свое право²». Следует отметить, что узуфрукт тесно сопряжён с договором длительной аренды. Можно даже утверждать, что в основе узуфрукта, в рамках современных правовых взглядов, лежит договор длительной аренды движимого имущества (вещи). Длительная аренда данной вещи тесно сопряжена с двумя основными постулатами – с правом пользования и владением вещью, а также с извлечением выгоды из этого имущества. Ряд российских исследователей отмечают схожесть конструкции узуфрукта с конструкциями отечественной правовой системы. Например, Е. А. Суханов сближает конструкцию узуфрукта с конструкциями, которые находили своё отражение в нормативных источниках отечественного дореволюционного права: «Следует отметить, что «право пользования» как право «владеть и пользоваться чужим недвижимым или движимым имуществом и извлекать из него всякие выгоды» было известно русскому дореволюционному праву (гл. IV разд. IV книги третьей проекта Гражданского Уложения)³. Однако в рамках Гражданского Уложения данное право было неотчуждаемым – в ряде случаев лицо, обладающее правом пользования, могло передать (уступить) осуществление данного права. Таким образом, в дореволюционный период развития отечественного права уже был прототип, аналог узуфрукту, однако с течением времени законодатель от данной конструкции отказался по ряду соображений (по-

литических, экономических, идеологических).

Существует широкая практика применения узуфрукта в странах, которые наиболее близко примыкают к России в области правового регулирования. К таким странам можно отнести Францию и Германию. Близость России к странам континентально-европейской правовой системы даёт уникальную возможность отечественному законодателю и многим исследователям сопоставлять правовые институты в целом и отдельные юридические конструкции в частности. Также принадлежность России, Франции и Германии к одной правовой системе делает актуальным сравнение и сопоставление политики в области реформирования гражданского законодательства. Детальное изучение и исследование Французского гражданского кодекса (ФГК) и Германского гражданского уложения (ГГУ) может пролить свет на многие вопросы в области теоретического закрепления и практической реализации отдельных правовых конструкций. Серьёзное влияние оказывает и тот факт, что ФГК и ГГУ являются выдающимися кодификациями гражданского права в рамках всей континентально-европейской правовой системы. Учитывая многолетний опыт этих государств и принимая во внимание отечественные условия окружающей действительности, можно ответить на практические вопросы, связанные с установлением и – что ещё более важно – с содержанием узуфрукта.

Узуфрукт получил огромное распространение благодаря рецепции римского права. Рецептировались как целые правовые отрасли, так и отдельные правовые конструкции, поэтому классический узуфрукт получил огромное распространение и в континентальной системе. Как уже отмечалось, в отечественном законодательстве находили множество схожих с узуфруктом правовых конструкций. Помимо упомянутого ранее Гражданского Уложения, их можно найти и в Своде законов Российской империи. Так, Г. Ф. Шершеневич указывает на похожую на узуфрукт юридическую конструкцию в 1 части X тома: «В Своде законов Российской Империи упоминалось так называе-

² См., например: Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. С. 307 – 310.

³ Е.А. Суханов. Вещное право: научно – познавательный очерк. С. 316.

мое право пожизненного владения родовым имением, предоставленным одним супругом другому по духовному завещанию, которое, по мнению некоторых авторов, в силу своей природы представляло собой не что иное, как аналог известного западным правовым порядкам узуфрукта»⁴. Однако на определённый временной промежуток практическое применение данной конструкции прекратилось. К полноценному применению и закреплению узуфрукта в классическом понимании законодатель вернулся лишь в 2012 году. Именно тогда в рамках подготовленного законопроекта № 47538-6 о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ⁵ появляется право личного пользования, в классическом представлении именуемое «узуфрукт» (гл. 20.3). Данный законопроект предоставляет возможность детально проанализировать перспективы текущей реформы гражданского законодательства. Для того чтобы определить перспективу данной реформы, следует исходить из двух важнейших аспектов. Во-первых, огромную практическую роль будут играть национальные особенности отечественного законодательства и правового регулирования. Немаловажно и проанализировать сущностное представление законодателя о «хорошо забытой» конструкции узуфрукта. Во-вторых, существует мировая практика применения узуфрукта. «Образцово-показательными» странами в области практического применения узуфрукта в течение многих десятилетий являются Германия и Франция. Исходя из двух основных аспектов, можно выявить определённую перспективу введения узуфрукта в отечественное законодательство.

ПРАВО ЛИЧНОГО ПОЛЬЗОВАНИЯ В РОССИИ

На текущем этапе развития гражданского законодательства законодатель не классифици-

рует узуфрукт как отдельное вещное право. Существует ряд конструкций, которые по своему содержанию, практическому применению и сущностной ориентации похожи на узуфрукт. К таким правам в отечественной доктрине относятся право постоянного землевладения и право застройки, однако стоит отметить, что данная категория вещных прав не во всём со-

**В СВОДЕ ЗАКОНОВ РОССИЙСКОЙ
ИМПЕРИИ УПОМИНАЛОСЬ
ТАК НАЗЫВАЕМОЕ ПРАВО
ПОЖИЗНЕННОГО ВЛАДЕНИЯ
РОДОВЫМ ИМЕНИЕМ,
ПРЕДОСТАВЛЕННЫМ ОДНИМ
СУПРУГОМ ДРУГОМУ ПО
ДУХОВНОМУ ЗАВЕЩАНИЮ,
КОТОРОЕ, ПО МНЕНИЮ
НЕКОТОРЫХ АВТОРОВ,
В СИЛУ СВОЕЙ ПРИРОДЫ
ПРЕДСТАВЛЯЛО СОБОЙ
НЕ ЧТО ИНОЕ, КАК АНАЛОГ
ИЗВЕСТНОГО ЗАПАДНЫМ
ПРАВОВОПОРЯДКАМ УЗУФРУКТА»**

впадает с узуфруктом. К явным различиям стоит отнести следующее. Прежде всего, вещное право распространяется только на один объект – недвижимые вещи. К таким объектам, как правило, относят здания, помещения, имущественные комплексы. (В рамках концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации предусмотрена уникальная возможность для отечественного права – установление права личного пользования как на недвижимые вещи, так и на движимые⁶). Мало того, что в отечественной доктрине объектом вещного права являются недвижимые вещи, но они ещё и обладают одной важной

⁴ См., напр.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Статут, 2005. Т. 1. С. 382 (Серия «Классика российской цивилистики»).

⁵ Проект № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект

ГК РФ). URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html/#02>

⁶ Проект № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект ГК РФ). URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html/#02>

качественной характеристикой. Е. А. Суханов отмечает, что данная характеристика является иррелевантной по отношению к другим, его позиция по данному вопросу такова: «Прежде всего, рассматриваемое ограниченное вещное право имеет своим объектом только недвижимые вещи, главным образом здания и помещения, особенно жилые, либо их часть в виде одной или нескольких комнат в квартире или жилом доме (ср. п. 1 ст. 302.1 и п. 1 ст. 298.3 проекта)».⁷ Таким образом, объекты вещного права, схожего с узуфруктом, как правило, являются ещё и жилыми. Ещё одной отличительной особенностью в области регулирования вещного права является следующее обстоятельство – отечественный законодатель всеми силами пытается сохранить «принцип единого объекта недвижимости». Это выражается в следующем: «Право личного пользования зданием распространяется также на земельный участок, на котором расположено это здание, а пользовладельцы помещений в здании вправе пользоваться общим имуществом такого здания наравне с собственниками находящихся в нём помещений»⁸ (п. 2 и п. 3 ст. 302.1 проекта). Данный принцип, закрепляющий право пользования общим имуществом, призван заменить огромный массив других правовых конструкций в сфере пользования жилым помещением. Поэтому данный принцип ограничивает круг субъектов, обладающих правом личного пользования. К таким субъектам относится гражданин Российской Федерации, обладающий правом личного пользования, и некоммерческая организация. Интересно, что данный принцип как предполагает ограничение использования объектов права личного пользования в пред-

принимательских целях, так и не допускает предпринимательскую деятельность в отношении объектов права личного пользования. Опираясь на представления об узуфрукте с точки зрения римского права, стоит отметить, что в нём долгосрочное право проживания в чужом доме регулировалось не узуфруктом, а особым личным сервитутом. В своём труде В. М. Хвостов указывает на такой особый личный институт (*habitation*), а «предметом узуфрукта могли быть любые, а не только недвижимые вещи»⁹. Таким образом, различные вещные права, существующие в рамках отечественного

правового поля и схожие с узуфруктом, имеют некоторые отличия от классического представления. Понятие узуфрукта в рамках проекта нового Гражданского Кодекса Российской Федерации рассматривается как самостоятельное вещное право, предполагающее обособленное применение от других видов вещных прав. Г. С. Мацякан обращает внимание на то, что аналогичный подход

**В СВОЁМ ТРУДЕ
В. М. ХВОСТОВ
УКАЗЫВАЕТ НА ТАКОЙ
ОСОБЫЙ ЛИЧНЫЙ
ИНСТИТУТ (*HABITATION*),
А «ПРЕДМЕТОМ
УЗУФРУКТА МОГЛИ БЫТЬ
ЛЮБЫЕ, А НЕ ТОЛЬКО
НЕДВИЖИМЫЕ ВЕЩИ»**

к рассмотрению вопроса о месте узуфрукта в системе вещных прав закреплён и во Франции: «В Законопроекте узуфрукт признаётся самостоятельным ограниченным вещным правом наряду с сервитутом. Аналогичный подход к рассмотрению вопроса о месте узуфрукта в системе вещных прав выражен в ФГК»¹⁰. Ещё одной немаловажной отличительной особенностью отечественного ограниченного вещного права является личная ориентированность и не отчуждаемость (п. 1 ст. 302.5 проекта прекращается смертью пользовладельца или ликвидацией либо реорганизацией некоммерческой организации). Однако, несмотря на данные требования, узуфрукт следует за вещью при смене её собственника. Также право личного

⁷ Е. А. Суханов. Вещное право: научно – познавательный очерк. С. 316.

⁸ См. там же

⁹ В.М. Хвостов. Система римского права: Учебник. С. 312; ст. 1019, 1023 – 1025 проекта Гражданского Уложения Российской Империи.

¹⁰ Г.С. Мацякан. Особенности правовой конструкции узуфрукта в Российском, Германском и Французском гражданском праве: научная статья. С. 59.

пользования по своей сути является срочным. Исходя из положений ст. 302.4, оно устанавливается на определённый срок либо пожизненно, а для некоммерческой организации срок его действия не может превышать 21 год. В случае установления узуфрукта некоммерческой организацией на больший срок считается, что узуфрукт установлен на 21 год. Стоит отметить, что право личного пользования может быть как возмездным, так и безвозмездным. Проект нового Гражданского Кодекса Российской Федерации предусматривает возможность возникновения личного права пользования не только по договору его субъекта с собственником вещи, но и в силу односторонней сделки – завещания (завещательного отказа) умершего участника односторонней сделки (п. 1 ст. 302.2 проекта). Как уже отмечалось ранее, права владения и пользования вещью собственника приобретает пользователец, в то время как у собственника данной вещи остаётся лишь право распоряжения своей вещью. На пользователя накладываются дополнительные обязанности в области полного хозяйственного обеспечения взятой у собственника вещи, он несёт ответственность в случае порчи или гибели вещи. Однако у пользователя есть и право улучшать вещь с согласия собственника. В таком случае пользователь может рассчитывать на справедливую компенсацию за понесённые при этом расходы. Огромное значение имеет формулировка «справедливая компенсация»: не равную, а именно справедливую компенсацию пользователю за улучшение вещи предусматривает ФГК и ГГУ. Невыполнение пользователем обязанностей по содержанию и надлежащему использованию вещи, а также систематическое невнесение платы за пользование ею могут стать основанием для прекращения данного права в судебном порядке по иску собственника вещи (п. 2 ст. 302.5 проекта).

Чтобы более детально понимать рассматриваемую юридическую конструкцию, следует обратиться к мировой практике её применения. На основе этого можно будет сделать окончательные объективные выводы по перспективности введения узуфрукта в доктрину

отечественного гражданского законодательства в рамках проекта его развития. Как уже было отмечено ранее, за основу будут взяты Германия и Франция.

ОБЪЕКТЫ УЗУФРУКТА В ЗАРУБЕЖНОМ ПРАВЕ

В рамках сравнения узуфрукта в законодательствах Франции (ФГК) и Германии (ГГУ) можно выявить уникальную юридическую конструкцию – квазиузуфрукт. Коренным её отличием от узуфрукта является специфичность объекта, в отношении которого устанавливается узуфрукт. Если классический узуфрукт устанавливается по отношению к индивидуально-определённым вещам (не потребляемым), то квазиузуфрукт устанавливается в отношении потребляемых вещей (как правило, движимых). Согласно ст. 587 ФГК, при узуфрукте на потребляемые вещи эти вещи переходят в собственность узуфруктуария с обязанностью по окончании узуфрукта возвратить первоначальному собственнику вещи того же рода и качества либо возместить их стоимость по цене, которая определяется на день возврата. Основное различие между германским квазиузуфруктом и его французским аналогом в том, что по германскому праву узуфруктуарий взамен полученных в собственность потребляемых вещей обязан по окончании узуфрукта возместить лицу, установившему узуфрукт, их стоимость. Во французском праве, как уже отмечалось, законодатель наделяет узуфруктуария правом выбора между двумя вариантами действий: «Он может либо возвратить собственнику равное количество полученных им вещей того же рода и качества, либо возместить их стоимость. При этом если по французскому законодательству в целях возмещения стоимости потребляемых вещей используется цена, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные вещи на момент окончания узуфрукта, то по германскому законодательству применяется цена, которая существовала на момент установления узуфрукта»¹¹. Таким образом, только в рамках

отечественной системы данный узуфрукт является квазиузуфруктом.

Совсем иные правила действуют, когда узуфрукт устанавливается в отношении предприятия или имущественного комплекса. Уже отечественный законодатель указывает на то, что предприятие как самостоятельный, организационно-обособленный хозяйствующий субъект не может выступать в качестве объекта

ЕСЛИ ПО ФРАНЦУЗСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ В ЦЕЛЯХ ВОЗМЕЩЕНИЯ СТОИМОСТИ ПОТРЕБЛЯЕМЫХ ВЕЩЕЙ ИСПОЛЬЗУЕТСЯ ЦЕНА, КОТОРАЯ ПРИ СРАВНИМЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ ОБЫЧНО ВЗИМАЕТСЯ ЗА АНАЛОГИЧНЫЕ ВЕЩИ НА МОМЕНТ ОКОНЧАНИЯ УЗУФРУКТА, ТО ПО ГЕРМАНСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ПРИМЕНЯЕТСЯ ЦЕНА, КОТОРАЯ СУЩЕСТВОВАЛА НА МОМЕНТ УСТАНОВЛЕНИЯ УЗУФРУКТА

узуфрукта. В данном случае отечественный законодатель учитывает опыт Германского Гражданского Уложения – по крайней мере, на это хочется надеяться. В параграфе 903 ГГУ указывается тот факт, что объектом вещного права не может быть совокупность вещей (например, имущество предприятия), так как объект данной совокупности представляет собой не только вещи, но и права на них и иные имущественные ценности. Поэтому из буквального толкования рассматриваемого параграфа следует, что объект имущественного права может касаться лишь отдельных вещей вышеу-

помянутой совокупности. Это положение подтверждается в параграфе 1085 ГГУ, из которого следует, что узуфруктуарий приобретает права на каждую из вещей данной совокупности не вместе, а по отдельности.

Французский же законодатель прибегает к немного видоизмененной конструкции. Вся совокупность вещей объявляется единым объектом вещного узуфрукта, и узуфруктуарий, приобретая права на совокупность вещей, приобретает и права на каждую из этих вещей по отдельности. Также французский законодатель вводит лишь одно ограничение: если объектом узуфрукта является совокупность потребляемых вещей, то в отношении данного объекта действует квазиузуфрукт.

СУБЪЕКТЫ УЗУФРУКТА

Как в Германии, так и во Франции господствует классическое двухэлементное субъектное деление узуфрукта. Существует узуфруктуарий, который выступает как управомоченное лицо, и собственник обременяемого имущества. Причём в ГГУ существует ещё и третье лицо, которое выступает одним из субъектов установления узуфрукта. Как правило, это фактический (законный) владелец вещи. Из п. 1 ст. 302 законопроекта ясно следует, что в качестве узуфруктуария могут выступать только граждане и некоммерческие организации. В концепции указывалось, что узуфрукт устанавливается исключительно для некоммерческих целей и предоставляется, как правило, гражданам¹². В связи с этим стоит отметить некое противоречие между закреплёнными в концепции принципами. Если установление узуфрукта происходит исключительно не в коммерческих целях, то какие цели преследует законодатель, включая в субъектный состав некоммерческие организации? Можно предположить, что узуфрукт в данном случае будет использоваться для предоставления нежилых помещений

¹¹ Громов С.А. Узуфрукт: юридическая конструкция и вещное право. С. 197.

¹² Проект № 47538- Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также

в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект ГК РФ). URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html/#02>

некоммерческим организациям для офисного планирования. Однако следует помнить, что срок действия узуфрукта в отношении некоммерческой организации составляет 21 год. Будет ли оправдана такая сложная конструкция – вопрос риторический, ведь срок в 21 год для некоммерческой организации довольно небольшой. Можно предполагать, что сроки ещё будут корректироваться законодателем, учитывая опыт Франции (по ст. 619 ФГК узуфрукт в отношении юридических лиц устанавливается сроком на 31 год). Г. С. Мацякан высказывается более подробно относительно сроков установления узуфрукта во Франции: «Срок действия узуфрукта во французском праве может быть поставлен сторонами также в зависимости от достижения третьим лицом определённого возраста (ст. 620 ФГК)»¹³. Интересно, что при установлении узуфрукта в отношении юридических лиц германский законодатель не предусматривает сроков вовсе. По общему правилу предполагается, что он будет действовать до момента ликвидации узуфрукта, его реорганизации или отчуждения другому лицу.

ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЯ ДЕЙСТВИЯ УЗУФРУКТА

Что касается отечественного законодательства, то новый проект Гражданского кодекса Российской Федерации об основаниях возникновения узуфрукта говорит следующее: «Узуфрукт может быть установлен по соглашению между собственником недвижимой вещи и узуфруктуарием либо приобретён в порядке наследования на основании завещания собственника недвижимой вещи (п. 1 ст. 302.2 Законопроекта). В свою очередь социальный узуфрукт, который по набору квалифицирующих признаков признаётся отдельным видом узуфрукта, возникает на основании закона или судебного решения (п. 1, 3 ст. 302.6 Законопроекта)»¹⁴. Учи-

тая всё вышеперечисленное, можно выявить ряд специфических особенностей, которые будут присущи основаниям возникновения и прекращения действия узуфрукта в Российской Федерации. Во-первых, правовая природа по установлению узуфрукта вытекает из выражения воли владельца вещи и обязанности узуфруктуария, поэтому будет, очевидно, носить обязательственный характер. Данный вывод можно сделать на том основании, что с 2012 года отечественный законодатель не проработал и не предоставил концепцию договора владельца вещи с узуфруктуарием. Во-вторых, совершенно ясно, что в рамках данной концепции будет присутствовать конкуренция исков, обусловленная вещным правом владельца предоставляемой вещи и обязательствами узуфруктуарием. Законодатель не предоставляет ответа на вопрос о том, в каком порядке будет разрешаться конкуренция исков, но, так как установление узуфрукта предполагает установление не только вещного права, но и обязательственного, конкуренция исков станет неотъемлемой частью этой юридической конструкции. Данную проблему можно было бы решить путём закрепления преобладания вещного права над обязательствами. По данному вопросу ГГУ закрепляет следующее:

1. «Стоит отметить, что в германском праве установление узуфрукта предполагает необходимость заключения вещного договора, который не порождает обязательств»¹⁵;
2. «Если объектом узуфрукта является земельный участок, то согласно §873 ГГУ собственник и узуфруктуарий сначала должны заключить вещный договор об установлении узуфрукта, затем зарегистрировать его в поземельной книге»¹⁶.

Таким образом, узуфрукт, заключённый в отношении данного участка, складывается со ссылкой на два основания возникновения. Первое – вещный договор, второе – реги-

¹³ Г. С. Мацякан. Особенности правовой конструкции узуфрукта в Российском, Германском и Французском гражданском праве: научная статья. С. 61.

¹⁴ Проект № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект

ГК РФ). URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html/#02>

¹⁵ См.: Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М.: Статут, 2004. С. 360

¹⁶ См.: Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. М.: Статут, 2004. С. 361

страция в поземельной книге. Установление узуфрукта в мировой практике возможно и в отношении движимых вещей. В таком случае предусматривается заключение обычного письменного договора между собственником и узуфруктуарием и фактическая передача вещи. Однако и в этом правиле существует ряд ограничений. Например, если вещь узуфрукта уже находится в фактическом пользовании узуфруктуария, то достаточно заключения одного только договора, но если вещь владеет собственник, то фактическая передача вещи может быть изменена заключением договора по заключению сторон (параграф 929). Л. Ю. Василевский оставил очень точный комментарий по этому поводу: «В данном случае вещный договор включает условие о вступлении во владение вещью через непосредственного владельца-собственника и до момента передачи вещи будущему узуфруктуарию имеет особое юридическое значение: по существу означает установление узуфрукта».¹⁷ В мировой практике существует ещё одно исключение из общего правила – вариант владения имуществом третьим лицом. В таком случае предусматривается заключение договора, по условиям которого собственник уступает в пользу лица, приобретающего узуфрукт, притязание на выдачу вещи (§ 931 ГГУ). Также в мировой практике встречаются ограничения со стороны государства, в частности запрет на передачу узуфрукта на право, не подлежащее передаче (п. 2 § 1069 ГГУ).

Ссылаясь на французское законодательство, можно выделить порядок установления узуфрукта. В первом случае он устанавливается на основе закона, а во втором – на основе сделки. Этот факт также стоит учитывать законодателю в процессе разработки нового Гражданского кодекса Российской Федерации. Французский гражданский кодекс даёт достаточно развёрнутое толкование по данным видам возникновения и установления узуфрукта: «В первом случае речь идёт о *constitution*

directe par d'alienation, согласно которой собственник вещи предоставляет узуфрукт другому лицу, сохраняя при этом свой титул, а во втором случае – о *constitution par voie de retention*, в соответствии с которой первоначальный собственник передает вещь в собственность другому лицу, делая оговорку об установлении узуфрукта в свою пользу или в интересах другого лица (ст. 580 ФГК)»¹⁸. В другом случае узуфрукт устанавливается на основании самостоятельного договора об узуфрукте, строящегося на возмездных началах. Он, как правило, применяется при договорах купли-продажи или дарения.

Что касается отечественного законодательства, то здесь выделяются следующие случаи прекращения узуфрукта: гибель (уничтожение) обременённой узуфруктом вещи; смерть узуфруктуария; ликвидация или реорганизация некоммерческой организации-узуфруктуария; истечение обусловленного сторонами срока; односторонний отказ узуфруктуария от своего права (п. 1, 3 ст. 302.5 законопроекта)¹⁹. Также стоит отметить, что законопроект допускает возможность одностороннего отказа от узуфрукта, если он имеет безвозмездный характер. Другими основаниями прекращения узуфрукта по новому проекту Гражданского кодекса могут быть, например, соглашение между собственником вещи и узуфруктуарием. Если данное соглашение достигнуто не будет, то узуфрукт может прекратиться в силу судебного решения. Однако ряд исследователей считают данные обстоятельства изменяющими узуфрукт, а не вовсе его прекращающими. Отечественный законодатель, помимо общих оснований для прекращения узуфрукта, выделяет и ряд специальных обстоятельств: систематическое невнесение узуфруктуарием платы за узуфрукт, ненадлежащее использование узуфруктуарием обременённой вещи или систематическое невыполнение им обязанностей по содержанию вещи, а также неоднократное или грубое

¹⁷ Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. С. 362.

¹⁸ См.: Антонов Б.А. Формирование института узуфрукта в германском гражданском праве. М.: Статут, 2006. С. 57.

¹⁹ Проект № 47538-6 Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект ГК РФ). URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html/#02>

нарушение установленных в соответствии с законом правил пользования вещью (п. 2 ст. 302.5 Законопроекта)²⁰. Таким образом, прослеживается учёт мировой практики в области применения общих и специальных правил, применяемых по отношению к узуфрукту с целью его прекращения или изменения.

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ УЗУФРУКТА

Осуществление узуфрукта прежде всего связано с его специфическими особенностями. Узуфрукт носит строго персонализированный характер и относится к однородному ряду тех субъективных прав, которые никак нельзя передавать и отчуждать. Вместе с тем отечественный законодатель оставляет нерешённым вопрос передачи узуфрукта третьим лицам. Германское законодательство отвечает на этот вопрос следующим образом: во-первых, предусматривается передача узуфрукта третьим лицам, если он установлен в отношении третьих лиц; во-вторых, узуфрукт можно передать третьим лицам только для его дальнейшего осуществления.

Подводя итог, хочется отметить, что отечественный законодатель идёт по правильному пути реформирования гражданского законодательства. Такая юридическая конструкция как узуфрукт уже не является новой для нашего государства и теперь могла бы решить многие вопросы отечественного законодательства. В теоретической разработке и практической реализации данной юридической конструкции стоит учитывать богатый опыт европейских стран. Стоит отметить, что некоторые вопросы, относящиеся к теоретической разработке данной правовой конструкции, с 2012 года остаются нерешёнными. В частности, вопрос передачи узуфрукта третьим лицам. Также на данном этапе введение узуфрукта чревато злоупотреблениями со стороны недобросовестных узуфруктуариев, а также собственников вещи. В таких случаях нужно по максимуму «эксплуатировать» мировую практику применения данной правовой конструкции и адаптировать её под современные условия окружающей нас правовой действительности. Тогда возможны перспективы развития данной юридической конструкции.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Антонов Б. А. Формирование института узуфрукта в германском гражданском праве.: М.: Статут, 2006. – с. 57.
2. Барон Ю. Система римского гражданского права: Учебник. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2005. – с. 103.
3. Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. – М.: Статут, 2004. – с. 362.
4. Громов С. А. Узуфрукт: юридическая конструкция и вещное право. – М.: Статут, 2011. – с. 197.
5. Мацякан Г. С. Особенности правовой конструкции узуфрукта в Российском, Германском и Французском гражданском праве, научная статья. – М.: Юридическая наука, 2016. – с. 61.
6. Суханов Е. А. Вещное право: Научно – познавательный очерк. – М.: Статут, 2017. – с. 316.
7. Хвостов В. М. Система римского права: Учебник. – М.: Юрайт, 2019. – с. 312.
8. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – М.: Статут, 2005. – с. 382.

²⁰ См. там же.



БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ С ТАМАРОЙ ГЕОРГИЕВНОЙ МОРЩАКОВОЙ

– доктором юридических наук, профессором, заслуженным юристом РСФСР, заслуженным деятелем науки РФ, судьёй Конституционного Суда Российской Федерации в отставке.



Беседовал
К. Киктенко

22 января 2020 года

ПЕРСОНА

– Почему Вы выбрали областью своих интересов уголовный процесс, а темой первой диссертации – уголовное судопроизводство ГДР?

– Уголовный процесс я выбрала уже тогда, когда училась в МГУ на юридическом факультете. Я прочитала книгу «Материальная истина и судебные доказательства»¹ Строговича Михаила Соломоновича – известнейшего учёного, члена-корреспондента Академии наук СССР. С этого всё и началось. Работа так впечатлила, что тема уже не могла остаться для меня проходной, по ней же я и защитила диплом, а потом написала вступительный реферат на конкурсе в аспирантуру Института государства и права Академии наук СССР. Там на экзамене и состоялось моё знакомство с Михаилом Соломоновичем, он стал моим научным руководителем, и я благодарна ему всю свою жизнь за его науку. Он и в те времена настаивал на том, что государство не освобождено от подчинения праву, что цель уголовного судопроизводства – обеспечивать защиту личности, что суды и судьи не могут находиться на более высоком уровне, чем вся государственная система, а их деятельность в тоталитарных условиях приобретает репрессивный характер, что неременной предпосылкой справедливого правосудия является формирование устойчивого правового режима². Да, эти идеи Строговича, тогда опережавшие время, в современном мире являются общепризнанными в демократическом обществе.

В аспирантуре я стала заниматься уголовным процессом Германии, тогда было не очень просто с изучением зарубежного права буржуазных стран: надо было обязательно критически оце-

нивать их опыт и демонстрировать преимущества социалистического права. А с уголовным процессом ГДР и ФРГ – в диссертации целая глава была посвящена уголовному процессу ФРГ – было легче. Во-первых, на опыт дружественной ГДР можно было ссылаться в положительном плане. А во-вторых, там были такие институты, которые в нашем уголовном процессе появились только много позже, когда Россия вступила в Совет Европы. Например, судебный приказ об аресте, обжалование в суд выемки, обыска, изъятия и просмотра корреспонденции. Или возможность воспользоваться помощью защитника в ходе расследования с его правом ознакомиться с документами дела в определённых случаях. Во-вторых, в западногерманском опыте было принято критиковать самих себя. И достаточно было стенограммы заседаний Бундестага (нижней палаты парламента), чтобы получить материал о том, как много дефектов имеет, например, регулирование и практика арестов в стране. В то время там готовилось чрезвычайное законодательство в сфере уголовного права и процесса и активно обсуждались все «за» и «против». И было интересно сравнивать две части Германии между собой именно на базе их текущих реформ процессуального права.

– Кто из преподавателей больше всего повлиял на Ваше становление как юриста и как человека?

– Именно Строгович, хотя он уже не читал лекции на факультете. Вообще, у нас были блестящие преподаватели, известнейшие профессора права! Александр Филиппович Клейман читал гражданский процесс, переходя во время лекции с русского языка на французский, немецкий, английский, Пётр Николаевич Галанза по истории права приучал к латыни. Латынь преподавали и отдельным предметом. Сергей Сергеевич Остроумов блестяще вёл криминологию и судебную статистику, Арон Наумович Трайнин всех увлекал уголовным правом – удивительно было, что при этом он призывал не записывать его лекции, а слушать, и все сдавали ему на «отлично». Это всё осталось со мной.

¹ М., 1955.

² Опередивший время. М., 1994. С. 91.

– Встречаясь с представителем российской интеллигенции, не могу не спросить: каково сегодня быть частью этого немногочисленного общества?

– У меня, может быть, искажённое представление об этой реальности – наверное, именно потому, что я сама существую в этом обществе. Хотя и в среде интеллигенции, естественно, выделяются разные её сегменты. Существуют же юридическое, вузовское, театральное, журналистское сообщества и многие другие. Всегда был спорным вопрос, по каким критериям наделяют человека титулом интеллигента или «клеят» им же. Думаю, такая характеристика подтверждается естественным образом всей жизнью.

– Как много и что Вы читаете, когда пройдёте такой значительный академический путь?

– Приходится, с моей точки зрения, обидно мало читать художественной литературы, хотя есть много интересного в современном писательском творчестве. Просто не хватает времени. Люблю возвращаться к российской классике, особенно к поэзии, наслаждаясь «русским письменным». Без чтения классики правовой мысли, что связано с профессией, – ясно, нельзя обойтись. И это богатство не только по содержанию, но и по форме. Сильное впечатление в последнее время произвели несколько романов Елены Катишенок, не могла оторваться от её книги «Когда уходит человек». Люблю журнал «Иностранная литература», понравились в девятнадцатом году конкурсные работы молодых российских писателей, которые показал «Новый мир».

– Признаёте ли Вы формат аудиокниги?

– Пока нет. Я, наверное, не приспособилась ещё к этому. Когда слушаешь аудиокнигу, ты должен отключиться от всех сторонних звуков, не реагировать на обращения, звонки телефона. Это чтение высокохудожественное, с почти театральным эффектом, но на него объективно нужно больше времени. Если бумажную книгу можно читать быстрее, нежели электронную, то в случае с аудиокнигой это ещё дольше. Приходится, конечно, скачивать и читать на компьютере – там можно и увеличить текст, и отфор-

матировать удобно. Вот «Дом правительства» Юрия Слёзкина читаю на компьютере. Хочется, конечно, вечером перед сном почитать нормальную, бумажную книгу, но это почти не получается. Вот и ждёшь отпускного времени – с отрывом от работы.

– На чём сейчас в основном сосредоточена Ваша работа?

– Преподавание, научное руководство в аспирантуре, диссертационный совет факультета, работа с законопроектами – университет получает разные проекты на отзыв из Правительства, Министерства юстиции. Ещё я, как член научно-консультативного совета при Верховном суде, куда вхожу уже больше, чем два десятилетия, участвую в обсуждении проектов его постановлений пленума: профессионально интересно с чем-то в таких проектах спорить, предлагать свои формулировки. И понимаешь возможную полезность результата для практики.

– Какое событие в Вашей жизни кардинально изменило Ваше представление о праве и самой жизни?

– Таким поворотным событием стало для меня избрание судьёй Конституционного суда. Это случилось в конце 1991 года и кардинально поменяло мою жизнь в юриспруденции – в практической её сфере и, можно сказать, в творчестве юридическом – в научной работе.

– Что Вы считаете своей главной юридической заслугой, чем больше всего гордитесь?

– Не знаю, могу ли присвоить себе это как предмет для гордости, сейчас многое звучит неактуально, но я участвовала в разработке действующей Конституции РФ в составе Конституционного совещания и всех его органов: в рабочей группе, в палатах и в конституционном арбитраже. Участвовала в разработке федерального конституционного закона «О Конституционном суде», закона «О статусе судей», не говоря уже о работе над концепцией судебной реформы 1992 года. Это всё коллективные результаты, а не реализация каких-то личных творческих потенциалов. Были интересные исследования и книги – тоже коллективные, кстати. Например, уникаль-

ное исследование «Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок», оно проводилось ещё в восьмидесятые годы, до распада СССР. Из этого же времени – монография «Оценка качества судебного разбирательства по уголовным делам», по теме докторской диссертации. Потом, в двухтысячные годы, было участие в написании таких коллективных книг, как «Судебная власть», «Верховенство права и его обеспечение в правоприменительной практике», комментарии к Конституции Российской Федерации и к Федеральному конституционному закону о Конституционном Суде, «Стандарты справедливого правосудия», учебники «Конституционное право», «Права человека» и другие.

ПРАВО

– Когда Вы принимали участие в разработке Конституции России, с чем Вы были принципиально не согласны в её проекте?

– Этот процесс развивался по-разному. Участникам Конституционного совещания не предлагался готовый текст – он складывался из обсуждений того, что в качестве проекта, например, разрабатывалось и в конституционной комиссии Съезда народных депутатов РСФСР, и учёными, и позже в президентской администрации. Можно было свои идеи предлагать и оценить другие, соглашаясь с ними или же нет. Вызывало вопросы, например, то, как президент страны может один определять направления её внешней и внутренней политики. У меня были любимые вопросы среди тех, которые должны были закрепляться в конституционном тексте – в частности, о судебной власти и Конституционном суде, о его праве рассматривать жалобы граждан на законы. По ним тоже шли споры. Об-

суждался же, конечно, постатейно весь проект, и, к счастью, изданы двадцать томов стенограмм заседаний Конституционного совещания.

– Имеет ли народ конституционное право на восстание? И, если да, то где грань между захватом государственной власти и реализацией этого права?

– Я исхожу из того, что российская Конституция также закрепляет право на протест. Звучит красиво – «право на восстание», но, по сути, это право гражданского общества не быть объектом государственной деятельности, а быть

активным субъектом во взаимоотношениях с государством. И если государство не слышит граждан, тогда предусмотрены разные способы выражения гражданами своих позиций и у нас есть целая совокупность политических прав. На самом деле, так их называть не вполне корректно – политику в узком смысле слова принято связывать с участием в борьбе за власть. Речь же идёт о праве каждого человека выражать своё мнение, в том числе в отношении того, как организовано управление в государстве. Само это право на выражение собственного мнения свободно и является основой в том числе протестных акций,

протестного движения, независимо от того, завершается это восстанием или нет. Восстание – синоним революции, правда? Как известно, опыт революций не доказывает своего преимущества перед другими формами общественного развития, когда действительно общество и личность выступают на равных с теми, кто осуществляет на данном этапе государственную власть. И потому эти участники публичных правоотношений могут выступать как две стороны, способные договариваться. В частности, принятие конституции во всех странах есть результат определённого консенсуса. Нельзя же

**ЗВУЧИТ КРАСИВО –
«ПРАВО НА
ВОССТАНИЕ», НО,
ПО СУТИ, ЭТО ПРАВО
ГРАЖДАНСКОГО
ОБЩЕСТВА НЕ
БЫТЬ ОБЪЕКТОМ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ,
А БЫТЬ АКТИВНЫМ
СУБЪЕКТОМ ВО
ВЗАИМООТНОШЕНИЯХ
С ГОСУДАРСТВОМ**

людей заставить согласиться с тем или другим устройством? Им можно предложить проект и послушать ответную реакцию. В этих условиях часто появляется основание говорить, что плебисцитарные формы участия народа в принятии разных важных решений вызывают много упреков. Например, потому, что невозможно обеспечить стопроцентное участие действительно всех граждан в стране в том или ином голосовании при осуществлении непосредственного народовластия. Но и ни в какой правовой системе развитие не происходит через стопроцентное вовлечение населения в политические процессы. Для человеческого сообщества очевидно характерно, что выразителем его интересов становятся наиболее активные группы людей.

– Это всегда меньшинство?

– Это меньшинство работает только как мотор. Оно не может и не должно диктовать. И демократия означает, что меньшинство не может подавляться. Оно может приводить в движение общественный процесс, а дальше речь идёт о том, что выдвигаемые идеи должны быть в каких-то формах признаны теми, кто может прийти к консенсусу на их основе. Здесь в действительности речь идёт о том, что нельзя принудить людей заниматься политикой. Люди в большинстве своём хотят жить. Только некоторые из них – хотя их не мало, но никогда не бывает большинство – полагают, что они не только имеют право, но и ответственны за то, чтобы предложить определённые политические стратегии, которые должны составлять основу организации общества. А дальше вопрос – поддерживают ли их? Каждый полноценный референдум признаётся состоявшимся при определённых, но необязательно одинаковых требованиях, возможных в разных правовых системах, – к большинству голосовавших и к большинству одобряющих решение. Есть страны, где предусмотрена обязанность граждан голосовать и ответственность за неисполнение данной обязанности. И там можно добиваться большего объёма участия граждан. Но есть страны, где это не предусматривается, и таких стран больше. Устанавливаются лишь предельные и минимальные нормы для принявших участие в таких акциях, при которых результаты голосования

могут быть признаны значимыми для одобрения или неодобрения тех или иных решений.

– Соответствует ли конституционному духу идея принуждения к выборам? Пусть гражданин даже испортит бюллетень, но он обязан прийти на выборы и выразить свою волю.

– У разных стран по-разному формируется осознание того, что есть гражданский долг. Мы же не оспариваем установление в законе обязанности платить налоги? Не оспариваем и установление гражданского долга участвовать в несении воинской службы. Это представление общества о гражданских обязанностях. В Германии можно исходить из того, что активное население составляет большую часть всех граждан страны, и поэтому те, кто не участвует в избирательных процедурах плебисцитарного характера, рассматриваются с позиции общества как уклоняющиеся от исполнения гражданского долга. И социальные процессы, которые чреваты конфликтами в обществе, могут – благодаря признанию такой гражданской обязанности – профилироваться: придите и выразите свою волю, чтобы ваше мнение могло быть учтено, если оно не будет отвергнуто большинством. Но, устанавливая такие процедуры, невозможно не учитывать особенности общественного сознания и реального бытия разных народов.

– Вы говорили, что конституции всегда в той или иной мере выражают общественный консенсус. В связи с этим возникает вопрос: советские конституции были абсолютной фикцией или имели юридическое значение? Зачем тоталитарному режиму конституция, кроме как для мимикрии под демократию?

– Необязательно под демократию – можно под доброго царя, дарующего всё, что пожелается. Конкретная конституция может утверждать строй, не основанный на демократии. Вообще, в праве существует одна важная категория, которая в практике ЕСПЧ получила название «автономных понятий» – автономное понятие суда, автономное понятие парламента, демократии. У всех этих понятий есть рациональное зерно, без которого обозначаемое понятием явление просто перестаёт существовать. Мы говорим, что нам нужен «независимый суд», но если брать суд

МЫ ГОВОРИМ,
ЧТО НАМ НУЖЕН
«НЕЗАВИСИМЫЙ СУД»,
НО ЕСЛИ БРАТЬ СУД
КАК АВТОНОМНОЕ
ПОНЯТИЕ, ТО СУДОМ
НЕ МОЖЕТ БЫТЬ
ПРИЗНАНО ТО,
ЧТО НЕ ОТВЕЧАЕТ
ТРЕБОВАНИЮ
НЕЗАВИСИМОСТИ.
НЕЛЬЗЯ СКАЗАТЬ
«ЗАВИСИМЫЙ СУД».
ЭТО УЖЕ НЕ СУД –
ИСКАЖАЕТСЯ,
ИСЧЕЗАЕТ СМЫСЛ
ИНСТИТУТА



как автономное понятие, то судом не может быть признано то, что не отвечает требованию независимости. Нельзя сказать «зависимый суд». Это уже не суд – искажается, исчезает смысл института. Нельзя же признать демократией, когда, например, женщины или чернокожие граждане лишаются права на участие в решении судьбоносных для общества и государства вопросов. Поэтому если говорить о конституции, необходимо выделить то, что относится к *sui generis* конституции – к Конституции как таковой. И она не равна любому акту (закону), который считается в определённой общественной системе учредительным. Учредительный акт может быть вполне людоедским, и применить к нему понятие «конституции», с точки зрения современного конституционализма, – нельзя. Поэтому, если

взять международные соглашения, в них всегда будет написано, что эти понятия употреблены в том смысле, в котором они одобряются, допускаются в современном демократическом обществе – для исключения искажений в истолковании понятий. Можно ли говорить, что сталинская конституция отвечала общепризнанному смысловому требованию к понятию конституции в демократическом обществе? Нет, конечно.

– В таком случае, почему именно западному обществу стал присущ конституционализм? Почему, на Ваш взгляд, восточное общество зиждется больше не на правовых началах, а на понятиях, традициях?

– Встречный вопрос: чем отличается современная цивилизация от тех, которые ей пред-

шествовали? Люди были рабами, то есть вещь, они подвергались экзекуциям за свои убеждения, их даже призывали считать «нелюдьми» в Средневековье. Разве можно сравнивать это с современной цивилизацией? Конституционализм – это определённый уровень развития общества, применительно не только к конкретной национальной системе, но общества в более широком смысле слова – как мирового человеческого сообщества, где людоедства не должно быть. И от этого пошло осознание того, что есть человек как ценность, что это ему при-

суще в силу самой его природы. В результате явилась идея, которая лежит в основе того, что защищается конституциями в современном обществе, – это идея прав человека, она и диктует всё остальное в конституционном тексте. Замечательный венгерский конституционалист, теоретик и судья национального конституционного суда и Европейского суда по правам человека Андраш Шайо, который пишет о происхождении конституций, в том числе о конституции как о самоограничении власти, всё обосновывает идеей прав человека, которыми власть ограничена. А история каждого народа и каждого государства полна жутких событий, и именно страх перед этой историей, страх, рождённый собственной трагедией народов, рождает и потребность людей защититься от подобного в будущем конституциями.

**ИСТОРИЯ КАЖДОГО
НАРОДА И КАЖДОГО
ГОСУДАРСТВА ПОЛНА
ЖУТКИХ СОБЫТИЙ, И
ИМЕННО СТРАХ ПЕРЕД
ЭТОЙ ИСТОРИЕЙ,
СТРАХ, РОЖДЁННЫЙ
СОБСТВЕННОЙ
ТРАГЕДИЕЙ НАРОДОВ,
РОЖДАЕТ И
ПОТРЕБНОСТЬ ЛЮДЕЙ
ЗАЩИТИТЬСЯ
ОТ ПОДОБНОГО
В БУДУЩЕМ
КОНСТИТУЦИЯМИ**

не может быть запрещено выезжать за границы страны и свободно возвращаться в неё. И таких норм много в российской Конституции. Уважение достоинства личности – это основа любой конституции свободного мира на момент нашей с Вами жизни.

– При написании действующей Конституции ориентировались ли Вы на какую-либо конституцию как на правовой идеал?

– Правовые идеалы относятся к основополагающим моментам конституционных текстов.

Но даже из тех примеров, что я привела, видно, как по-разному могут формулироваться конституционные постулаты, и они могут быть представлены в совершенно разном их наборе. Важно же то, что является их источником. Уже понятно, что в нынешнем веке есть вещи, которые нельзя не признавать. Конечно, многие идеи не удаётся быстро воплотить в жизнь – например, долго мы не могли отказать от смертной казни. Поэтому нельзя взять за образец что-то одно. Тех, кто составлял проект Конституции России, в своё время упрекали, что они якобы следуют чуть ли не американским стандартам.

– Да, многие обыватели считают, что в разработке Конституции участвовали американские консультанты.

– Это неправда. Тип американской Конституции, её построение не подходит для нас. Россия – страна писаного права, нам требуются более подробные нормы. И на первое место должна была быть поставлена та часть, которая в американской Конституции вынесена в Билль о правах. Он ведь не одновременно с Конституцией Америки появился. В России нельзя было бы без этого определить, с чего начинается по-

строение конституционного строя и конституционализма. Именно этот момент должен был поменять то, что было в нашей истории неправильным, ошибочным, негодным, преступным. Из разных национальных опытов, конечно, заимствовались общепризнанные конституционные идеи. Например, мысль о том, что в основе всех прав лежит уважение достоинства личности, воспринята из западногерманской конституции 1949 года. И понятно, почему нам это близко: там при фашизме не уважалось достоинство личности и здесь не уважалось достоинство личности.

– Воинская обязанность, на Ваш взгляд, отвечает конституционному духу? Многие юристы считают это неправовым явлением, нарушающим свободу человека.

– Вы же знаете, что современное общественное развитие, даже у нас, склоняется к тому, что воинская служба должна быть разнообразно профессиональной деятельности и только. К сожалению, объективные предпосылки для того, чтобы это обеспечить, не всегда есть, но главное, что не всегда это хотят иметь, даже когда для этого есть условия. Необходимо как-то постепенно обеспечивать развитие в определённом направлении. Для чего вообще армия? Для того, чтобы молодых людей приучить к дисциплине? Не для этого ведь? Надо понять, для чего она. Если это исправительное учреждение, то, извините, пребывание в нём можно назначить только тому, кто совершил правонарушение, причём пропорционально тяжести совершённого. Если это рациональное использование человеческих ресурсов, то извольте предоставить возможность учиться без всяких ограничений тем, кто способен и хочет учиться, – независимо от того, например, что им в связи с общим возрастом призыва потребуются ещё один год отсрочки от военной службы для окончания полного высшего образования, включая магистратуру. Что тут сказать? Правила, которые используются, далеко не во всех случаях являются оптимальными с точки зрения заявляемых целей. Хотя они могут облегчать осуществление государственной власти. Было в российском Конституционном суде одно реше-

ние, по результатам рассмотрения конкретной жалобы: заявителю не выдавали иностранный паспорт и он был в безвыходной ситуации, потому что, проживая ранее в одной из союзных республик, а после распада находясь уже в России, не мог получить заграничный паспорт. Наши службы отказывали в выдаче ему паспорта, потому что считали, что он должен вернуться на прежнее место жительства и получить там необходимые документы. Это грозило человеку едва ли не смертельной опасностью, он был там нежелательной персоной. И Конституционный суд указал в своём решении, что никакие организационные трудности, которые может ис-

**ДЛЯ ЧЕГО ВООБЩЕ АРМИЯ?
ДЛЯ ТОГО, ЧТОБЫ МОЛОДЫХ
ЛЮДЕЙ ПРИУЧИТЬ К
ДИСЦИПЛИНЕ? ЕСЛИ
ЭТО ИСПРАВИТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ, ТО, ИЗВИНИТЕ,
ПРЕБЫВАНИЕ В НЁМ МОЖНО
НАЗНАЧИТЬ ТОЛЬКО
ТОМУ, КТО СОВЕРШИЛ
ПРАВОНАРУШЕНИЕ, ПРИЧЁМ
ПРОПОРЦИОНАЛЬНО
ТЯЖЕСТИ СОВЕРШЁННОГО**

пытывать система управления, не позволяют оправдывать ограничения прав человека. Да, трудно в конкретной ситуации собрать всё необходимое, и вообще, если таких случаев будет много, то увеличится объём деятельности госорганов, но вот так и именно так – правильно. Нельзя человека принудить идентифицировать себя со страной, которую он покинул!

– Как Вы относитесь к грядущей конституционной реформе?

– Как она закончится, пока не понятно, но предположить можно. В этой реформе меня

устраивает только одно обстоятельство, а именно то, что она заявлена как не посягающая на основы конституционного строя и на основные права и обязанности гражданина, как они закреплены в первых двух главах конституционного текста. Это даёт некоторую надежду на то, что реформа не может выйти за пределы допустимого с точки зрения уже принятого нами стандарта демократических конституций. Дальше регулируется, как должна быть устроена государственная власть. Все главы об этом, с третьей по восьмую, подчинены очень строгому алгоритму, который записан в последних статьях первой и второй главы – статьях шестнадцатой и шестьдесят четвёртой. В каждой из них

СУПЕРПРЕЗИДЕНТСКАЯ РЕСПУБЛИКА НЕ ОЗНАЧАЕТ АВТОРИТАРНЫЙ РЕЖИМ. К АВТОРИТАРНОМУ РЕЖИМУ ВООБЩЕ НЕ ПРИЛОЖИМА ИДЕЯ РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ, К ДИКТАТУРЕ ТОЖЕ

говорится, что никакие последующие нормы конституции не могут противоречить первым двум главам. Алгоритм ясен. Если в процедурах конституционных преобразований эта рамка соблюдается, то можно выбирать разные формы организации власти, исходя из требования разделения властей с системой сдержек и противовесов.

– В целом, наша Конституция закрепляет суперпрезидентскую республику, а потому можно ли говорить о балансе сил?

– Суперпрезидентская республика не исключает ни разделения властей, ни требования сдержек и противовесов между ветвями власти. Суперпрезидентская республика не означает авторитарный режим. К авторитарному режиму вообще не приложима идея разделения властей, к диктатуре тоже. Наша

Конституция принималась в условиях жёсткого противостояния президента, правительства и парламента. Мы даже сейчас не очень представляем, что же это было. Есть сборник документов «Москва. Осень-93. Хроника противостояния» – в нём приводятся даже не перепечатанные, а переснятые, отсканированные документы, принимавшиеся президентом, парламентом и правительством. И понятно, что же было. Когда говорят о суперпрезидентской республике, то надо понимать, почему к ней пришли? Ни одно решение, которое предлагалось президентом, не принималось парламентом. А парламент хотел распоряжаться всем, даже собственностью, он собственность разграничивал. Что в такой обстановке делать? Спросили народ – хотите ли вы экономических преобразований, доверяете ли вы президенту проведение этих реформ? И народ ответил на всё это «да» и подтвердил, что хочет также, чтобы были переизбраны и парламент, и президент. Не случилось, потому что парламент сопротивлялся. Что делать? Создать сильное президентское правление – на это вынуждали пойти определённые исторические условия.

– В реформе также предлагается передать парламенту дополнительные полномочия.

– Я не считаю, что те функции, которые собираются передать парламенту, способны обеспечить его большую роль. Видимость наращивания функций парламента полностью нивелируется полномочиями президентской власти. Возьмём простой пример: парламент будет утверждать правительство, премьера и министров, но президент может их уволить. Далее парламент получает право поимённо называть состав правительства, а откуда он взял эти имена? Где надлежащая процедура? Это будет партийное правительство, партии большинства, партийной коалиции? Какое значение может иметь то, что президент назначает руководителей определённых федеральных ведомств «после консультации с Советом Федерации»? «Консультации» можно провести с врачом. Это не может иметь какую-либо нормативно-правовую силу и не создаёт никаких сдержек и противовесов во взаимоотношениях властей.

– Каково Вам, как одному из авторов Конституции, смотреть на происходящее?

– Мне очень больно. Особенно в связи с предложениями, относящимися к судебной системе. То, что касается взаимоотношений между парламентом, правительством и президентом, не меняет чего-то радикально – это такой процесс, где возможно перетекание сил с одной стороны на другую, во всех государствах так. Но это должно быть уравновешено, сейчас предлагается совершенно неуравновешенный вариант. А то, что будет сделано с судебной системой, – трагично. Независимость Конституционного и Верховного судов, если рассматривать эти проекты как имеющие большой шанс на принятие, теряется: предложено лишать судей этих судов полномочий по решению Совета Федерации на основании представления Президента. По явно неправовому принципу: «Я тебя породил, я тебя и убью», – ведь в таком же порядке эти же органы и назначают судей.

Конечно, никто не вспоминает, что с 2010 года у СФ РФ есть уже правомочие, но только по представлению пленума КС РФ, отрешать судью КС РФ от должности, в том числе по такому основанию, как совершение проступка, несовместимого с авторитетом судебной власти. Случая не было, а полномочие есть. Далее уже президент будет это инициировать в Совете Федерации. И в отношении судей – не только КС, но и Верховного, и кассационных судов.

Конституционный же суд уничтожается как орган исключительно конституционного правосудия – он встраивается в законодательную процедуру в качестве звена, которое вместо юридических отделов Правительства, Государственной думы, Совета Федерации, Администрации Президента, будет президенту говорить, что можно, а что нельзя подписывать из принятых парламентом законов, – это не судебная функция. Эта функция исключает даль-

нейшее осуществление судебного контроля за конституционностью законов. Как Суд будет рассматривать жалобы на закон, который он уже ранее одобрил? Это явный конфликт интересов. Можно, конечно, придумать в дальнейшем использовать полномочия суда по выявлению конституционного смысла нормы в законе, который он одобрил для подписания президентом. Мол, на практике конституционный смысл нормы правоприменитель не понимает. На сегодняшний день поправки прямо не гарантируют и такие возможности, хотя они лишь толика полномочий, имеющихся сейчас у Конституционного суда – он же должен лишать

неконституционные нормы юридической силы. Как шагреновая кожа, уменьшается предмет судебного контроля Конституционного суда. По представлению президента он предварительно оценил и одобрил акт до его вступления в законную силу, а дальше? Дальше развитие идёт без его участия. Против таких законов граждане очевидно теряют право на защиту в Конституционном Суде, раз они уже судом поддержаны. Не говоря уже о том, что новые функции Суда ограничивают полномочия парламента принимать зако-

ны, которые сейчас президент не может отвергнуть и обязан подписать, потому что они приняты квалифицированным большинством в двух палатах парламента. Это касается федеральных конституционных законов и законов, повторно рассмотренных Федеральным Собранием в целях преодоления президентского вето. Теперь, передав такие акты на рассмотрение КС, президент освобождает себя от обязанности подписать их, усиливая свои полномочия не соглашаться с парламентом. Конституционный же суд по представлению президента будет выполнять функцию предварительного контроля и за актами региональных законодательных органов – до момента их подписания главами субъектов федерации.

**КОНСТИТУЦИОННЫЙ
ЖЕ СУД
УНИЧТОЖАЕТСЯ
КАК ОРГАН
ИСКЛЮЧИТЕЛЬНО
КОНСТИТУЦИОННОГО
ПРАВОСУДИЯ –
ОН ВСТРАИВАЕТСЯ В
ЗАКОНОДАТЕЛЬНУЮ
ПРОЦЕДУРУ В
КАЧЕСТВЕ ЗВЕНА**

– Согласно плану реформы, состав КС РФ должен быть сокращён до одиннадцати судей. Будет ли похожа судьба части судей нынешнего Конституционного суда на судьбы судей ВАС РФ, когда не всех приняли в обновлённый Верховный суд?

– Это был чудовищный процесс: были грубо попораны основы несменяемости судей, ведь подвергли повторной проверке тех, кто имел статус федерального судьи высшего судебного органа. Их просто выбраковывали, это была чистка. Но сохранились функции тех арбитражных судов и судей, которых оставили под руководством ВС РФ осуществлять свои прежние компетенции. Это отличается от того, что должно произойти

НА МОЙ ВЗГЛЯД, СУТЬ ОБРАЗОВАНИЯ ТАК ЖЕ ИСЧЕЗАЕТ, КАК ОНА ИСЧЕЗАЕТ, КОГДА ЭКЗАМЕН ПО ЛИТЕРАТУРЕ ЗАМЕНЯЕТСЯ ВОПРОСОМ «ЛЮБИЛ ЛИ ОНЕГИН ТАТЬЯНУ?» С ТРЕМЯ ОТВЕТАМИ: «ДА», «НЕТ», «ИНОГДА»

сейчас с КС РФ. Не только потому, что число судей меняется, а потому, что предмет проверки КС серьёзно меняется, роль Конституционного суда будет другая. Он перестанет быть органом судебного конституционного контроля только за действующими законами, его просто включат в систему других властей. Судей КС, очевидно, не будут подвергать чистке, уничтожая несменяемый статус всего действующего состава суда, но подождут их ухода в связи с семидесятилетним возрастом отставки: скоро по возрасту еще два судьи уходят из пятнадцати оставшихся. Уже ведь давно состав суда не пополняется до 19 человек.

– Да, ввиду того, что в законе не закреплена обязанность президента вносить кандидатуру на освободившуюся должность.

– Было правило, что президент обязан. В срок, не позднее чем в течение двух месяцев. Когда я уходила из этого суда, президент промедлил и никого не предлагал на моё место, которое должно было освободиться. И в законе существовало правило, что пока следующий судья не назначен, предыдущий продолжает исполнять свои функции. И я почти лишний год провела в судейской должности. Но, вольно или невольно, потом власть была вынуждена представить кандидата. Президент даже заслужил упрёк, что он не представляет нового кандидата, а значит нарушает закон. Теперь же никакого требования нет, не будет и нарушения. Есть же разрешение не назначать судей, если ещё кворум в заседании возможен, – при стопроцентном присутствии 13 ещё не выбывших.

ОБРАЗОВАНИЕ

– Юриспруденция – это всё же ремесло или наука? Если ремесло, то зачем мы столь много внимания уделяем образованию, если можно было бы отправлять студентов к практикам, как это было в античную эпоху и средние века?

– На мой взгляд, вопрос сформулирован некорректно. Потому что юриспруденция как таковая – это наука о праве. Я перевожу это так. Есть ещё юрисдикция, и это уже юридическая практика. Есть право, которое существует внутри норм, обычаев, договоров, доктрины, внутри теоретически наполненного сосуда права в разных формах, а есть применение этого на практике. Применение права на практике – в определённой степени ремесло. Право как таковое не является совокупностью записанных норм и даже совокупностью прецедентных норм, правом нормы становятся тогда и постольку, поскольку в нём есть объективный смысл. Оно может быть нигде не записано, но мы-то знаем, что убивать нельзя. А люди уже закрепляют это в разных нормативных формах. И это право изучается теоретиками – более того, догматика есть одна из форм существования этого объективного права. Можно встать на позицию, например, американцев. Они считают,



что нет такой науки как право, право – это всего-навсего социология. Если брать европейскую континентальную традицию, то она признаёт правовую теорию как науку. В американской традиции теория в отношении права развивается просто – довольствуется социальной и прецедентной практикой. Подход утилитарный. Есть привычка к тому, что система сдержек и противовесов действительно работает, и это отмечает неправо́вые акты и акции. У нас нет подобной острастки, потому что нет такого отработанного механизма сдержек и противовесов. Нам нужно, чтобы идеи действовали как общепризнанные или общеправовые категории, определяющие, что можно, а что нельзя. Не получается положиться на то, что каждый из судей будет исходить из совокупности общих принципов права. «Уголовный закон, устанавливающий ответственность более строгую, чем ранее действовавший, не мо-

**БАКАЛАВРИАТ, ПО
СУТИ, НЕ ДАЁТ
ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО
ОБРАЗОВАНИЯ,
ОН ДАЁТ ВЫСШЕЕ
ОБРАЗОВАНИЕ
ГУМАНИТАРНОГО
ТОЛКА С УПОРОМ
НА ЮРИДИЧЕСКИЕ
ДИСЦИПЛИНЫ**

жет иметь обратной силы», – это ещё будет соблюдаться, потому что закреплено в законах. А вот с таким требованием общего права, как «нет преступления без закона», уже наши правоприменители не справляются. Потому что под отсутствие закона тогда должна, исходя из этой формулы, попадать вся ситуация с неопределёнными нормами при формулировании уголовно-правового запрета: раз человек не может из текста понять, глядя вперёд, что уголовно наказуемо, то и нет закона. Я попробую привести убеждающий аргумент: берём источники международного права, которые сформулированы гораздо шире, нежели национальные, а там – догма есть отдельный источник. Потому что это то, что раскрывает объективные, необходимые требования к поведению. У них отдельный источник – практика, догма, договоры и общепризнанные принципы. Куда нам без догмы?

– Сегодняшний студент юридического факультета лучше или хуже студента советской эпохи? Если хуже, то что стало с нашим образованием?

– Я бы не сказала, что он хуже. «Хуже» относится не к студентам. «Хуже» относится к системе образования. На мой взгляд, суть образования так же исчезает, как она исчезает, когда экзамен по литературе заменяется вопросом «любил ли Онегин Татьяну?» с тремя ответами: «да», «нет», «иногда». Годы обучения сокращаются, учебные часы на изучение предметов – тоже. Юридическое образование в Советском Союзе было пятилетнее. Четырёхлетнее, которое существовало в заочной форме, очень критиковалось. Заочное образование – тем более.

НЕЛЬЗЯ УТВЕРЖДАТЬ, ЧТО ПРАКТИКА ЛУЧШЕ ЗНАЕТ, ЧЕМ НАУКА. НАУКА ЗНАЕТ ЛУЧШЕ, ЧЕМ ПРАКТИКА, КАКИМИ БЫ НИ БЫЛИ ПРЕДСТАВИТЕЛИ НАУКИ В ОТДЕЛЬНО ВЗЯТЫХ СЛУЧАЯХ

– А Вы признаете заочное образование?

– Юридическое? Нет. Потому что человек сидит с книгами и читает, а начитать он может всё, что угодно. Ему нужны критерии для оценки. Если никто их не сформулировал, то он не получит годного образования. Каких только нет различных взглядов по поводу каждого предмета! Мне не нравится, что нет классического полного последовательного изучения отраслей права. Как можно изучить уголовное право, когда ему посвящён один семестр? Во время моей учебы даже общую часть уголовного права не изучали за один семестр! Как можно за семестр изучить уголовно-процессуальное право? Всё смешала ориентация на бакалавриат и магистратуру. Потому что бакалавриат, по сути, не даёт профессионального образования, он даёт высшее образование гу-

манитарного толка с упором на юридические дисциплины. Магистерское образование можно в дальнейшем получить, но далеко не всем. И магистерские программы построены не на классике, они построены на особенностях отдельных кусков каких-то сфер права. Но учить это, не имея классического представления о предмете отраслей права, – тщетно. Базовой основы не хватает. Бакалавриат для юриста – это для обозначения человека с дипломом и только. Ведь бакалавров на работу не берут ни в прокуратуру, ни в судьи, ни в адвокатуру, ни в нотариат – все эти профессии закрыты для лиц, имеющих степень бакалавра. Но ребята очень развиты, у них светлые головы, они более продвинуты в технологиях (прежде ни «Консультанта», ни просто интернета не было), в иностранных источниках. И более свободны, нежели мы, ведь мы были скованы идеологией не в собственных взглядах даже, а именно в предлагаемых теоретических основах.

– Если бы Вас спросил министр образования, что нужно изменить в юридическом образовании, то какие три меры Вы бы могли посоветовать?

– Во-первых, я бы не настаивала на онлайн курсах. Есть много современного в образовании, которое мешает сосредоточиться на главном, на самом праве. Оно для чего? В университет студент не ходил, лекции не слушал, с преподавателем не общался, сел где-то и что-то посмотрел. Нельзя передать знания без контакта и обратной связи. Нельзя отрицать значения контакта, влияния профессорско-преподавательского состава на ход и содержание образования. Всё ориентировано на то, чтобы этого влияния было меньше. Нельзя постоянно сокращать учебные часы и ограничивать число курсов. Нельзя, не выучив классики, подходить к специализации. У нас студенты очень хорошие, но даже в магистратуре встречаются открывающие для себя азбучное – что в уголовном кодексе есть нормы не только уголовно-правовые, но и нормы уголовно-процессуального права. Нельзя в юридическом вузе – после вуза можно – идти по линии специализации в области спортивного

права, фармакологического права и так далее. Нельзя заставлять студентов учиться в вечернее время после работы. Когда им читать? Когда им учиться? Стипендиями это никак не поддерживается. Нельзя думать, что юридическое образование – это довесок к каким-то еще знаниям, что юридический вуз одновременно может позволить дать какие-либо ещё знания – только что-то прикладное к юриспруденции может быть полезным. Другие самостоятельные науки надо изучать, получая второе образование, – иное обесценивает и одну, и другую профессию. Ныне модно, например, называть программы «экономика и право», а в результате – ни того, ни другого. Это должно быть предметом поствузовских образовательных и научно-исследовательских программ.

– Сегодня в России достаточно большое количество плагиата в научных работах. Как с этим бороться и нужно ли с этим бороться?

– Здесь виновато само понятие плагиата. Оно очень изменилось благодаря технологиям. И тут, я знаю, больше печалются не юристы, а поэты. Вот напишут они нечто и должны обязательно проверить, нет ли в том, что они только что написали самостоятельно, совпадений с чем-то? Понятие плагиата выходит за пределы идентичности идеи, оно сводится к идентичности слова, и это порождает два печальных последствия. Во-первых, можно уходить от плагиата просто поменяв слова, машина этого не выявляет. И, во-вторых, за плагиат «сойдёт» даже употребление нормативного текста, а ведь правовая терминология или изложение нормативного содержания не могут не повторяться, а под цитирование это не подпадает. Поэтому применительно к юридической сфере борьба с плагиатом просто исходит из негодных понятий. В результате к чему приходим? 75% не плагиата – допустимо, а 25, получается, можно? А 25% – это и не плагиат вовсе, это необходимое представление предмета анализа и используемого в этих целях инструментария.

– Какой совет Вы можете дать выпускникам юридических факультетов?

– У них довольно трудное положение. Трудность заключается в том, что, когда они приходят на работу, им говорят: «Забудьте всё, чему вас учили». Их просто тренируют быть ловкими, но им нельзя не обратиться к сути правового явления, с которым они сталкиваются. Приведу пример. Закон «О статусе судей» подразумевает, что органы судейского сообщества имеют какую функцию? На первом месте стоит функция «защита статуса и прав судей», а потом уже всё остальное, например дисциплинарные взыскания. Защитная же функция ими вообще на практике не осуществляется. И вот, когда наученный нами выпускник в качестве адвоката пишет жалобу на то, что орган судейского сообщества не защитил конкретного судью от вмешательства в его деятельность, от преследования, на которое судья жаловался, – орган судейского сообщества становится в тупик. Суд, несмотря на универсальное для него правило защищать от нарушения правового статуса, которое является результатом простого отрицания закона или неправильного его применения, – тоже в тупике. Потому что никто не умеет исходить из общих принципов, умеют исходить из буквальной нормы, из буквоедства и из указаний. А буквоедство никогда не приводит к выявлению смыслов. Значит, надо выявлять смыслы. Нельзя утверждать, что практика лучше знает, чем наука. Наука знает лучше, чем практика, какими бы ни были представители науки в отдельно взятых случаях. Я, например, своим ученикам всегда говорю: зачем вы ссылаетесь на то, что на практике всё иначе? А ведь они уже почти все работают. Если вы не будете знать, как оно должно быть, то за что вы будете сражаться, оснащённые юридическими знаниями? Появляются сегодня адвокаты, говорящие, что их очень раздражают их доверители! Потому что кажется, что то, что хочет доверитель – это всё излишества. Но юристу-практику должно защищать всё, если это не нарушает закон. И пока юрист не знает, как должно быть, он всегда будет рассуждать от окружающего безобразия. А от него найти решения нельзя. Безобразие должно устраняться возвращением к норме и правовому содержанию, другого рецепта я не знаю. ■



УДК 344.65



Горшкова Анна Андреевна
(annagarsh@icloud.com)

студент 1 курса бакалавриата
юридического факультета
имени М.М. Сперанского
Института права и национальной безопасности
Российской академии народного
хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ

Anna Gorshkova

1st - year student of
bachelor program
Faculty of Law named after
M.M. Speranky
Institute of Law and
National Security
Russian Presidential
Academy of National
Economy
and Public Administration

ОСОБЕННОСТИ РЕФОРМЫ СУДА ПРИСЯЖНЫХ 2018 ГОДА

FEATURES OF THE 2018'S REFORM OF JURY TRIAL

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются проблемы реализации суда присяжных на уровне районных и гарнизонных судов. Анализируется техническая готовность таких судов к реформе 2018 года, а также трудности, возникшие у профессиональных участников судопроизводства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: суд присяжных, принципы правосудия, народные заседатели (шеффены), реформа, формирование коллегии, вердикт, приговор, правовое государство.

ANNOTATION: The article is primarily concerned with the problems of jury trials in the context of the new reform of 2018. The author analyzes the technical readiness of such vessels for the reform. The article also explains the difficulties experienced by professional participants in legal proceedings.

KEYWORDS: jury trial, principles of justice, lay judges, reform, formation of a jury, jury verdict, court sentence, Rechtsstaat (state of rights).

Суд присяжных в России впервые возник после судебной реформы 1864 года. Именно она провозгласила новые для Российской Империи принципы правосудия, такие как презумпция невиновности, независимость и открытость суда, состязательность и равенство сторон. Суд присяжных выступил определённым символом этих либеральных изменений. Институт присяжных заседателей просуществовал 53 года, но советская власть его упразднила, заменив его в 1918 году на новый элемент участия граждан в правосудии – народных заседателей.

Спустя десятилетия, уже в 1990 году начинают восстанавливать право на рассмотрение дела с участием коллегии присяжных, а в 2004 году из судебной системы России окончательно уходят шеффены. К 2010 году суд присяжных функционировал уже во всех субъектах РФ¹. За последние 30 лет произошло много изменений, затрагивающих реализацию правосудия с участием коллегии. В данной статье рассматривается одно из последних нововведений – реформа 2018 года.

С 1 июня 2018 года вступил в силу закон, согласно которому коллегии присяжных заседателей могут созываться в районных и гарнизонных судах. До появления первых результатов реформы на неё возлагались нереалистичные надежды – в 2016 году, когда изменения только готовились, заместитель председателя Верховного суда Владимир Давыдов утверждал, что реформа только за счёт двух составов УК позволит увеличить число рассматриваемых присяжными дел до 10–15 тысяч². Но «прорыва» не произошло. Как показало исследование Института проблем правоприменения, за первую половину 2019 года в районных судах было завершено всего 225 дел (см. рис.2), рассматриваемых судом с участием жюри.

¹ В 2004 году – во всех субъектах РФ, кроме Чеченской Республики.

² <https://www.rbc.ru/politics/09/02/2016/56b9f4bc9a794738d4025fed>

Таким образом, вопреки ожиданиям Владимира Давыдова, люди, обвиняемые по делам, подсудным суду присяжных, не стали поголовно ходатайствовать о нём. Здесь всё заключается в специфике суда присяжных: это суд факта, и если человек признаёт свою вину и собраны качественные доказательства, то маловероятно, что суд присяжных ему поможет. Более того, если вердикт коллегии обвинительный, то наказание, назначенное судьей, чаще бывает строже, чем назначаемое за то же деяние обычными судьями³.



Рис.1



Рис.2⁴

Какие проблемы возникли после реформы «шести присяжных»?

1. Техническая проблема

Ещё до момента вступления в силу изменений в УПК было очевидно, что для некоторых районных судов задача с организацией заседания с участием коллегии присяжных просто невыполнима. В небольших поселениях есть суды всего с одним залом — становится непонятно, как организовать нормальное рабочее пространство для присяжных, ещё и с отдельным туалетом, комфортной температурой воздуха и удобными сидячими местами. «Нужно понимать, что многие суды, особенно в малых муниципалитетах, в принципе не строились для суда присяжных. Вплоть до того, что в некоторых из них есть только один зал, в то время как для суда с присяжными заседателями нужно как минимум два — чтобы было место для анкетирования кандидатов при отборе присяжных, пока начинается основной процесс», — сообщил председатель Свердловского облсуда Сергей Жернов⁵.

И если в части регионов эта проблема решается, то во многих по-прежнему возникают технические трудности. Помимо неудобств для самих присяжных, есть и внешнее отражение проблемы — в небольших агломерациях такая форма судопроизводства может стагнировать работу суда. «Суд присяжных — это очень тяжёлая, дорогая и затратная по времени и силам форма судопроизводства. Два или три суда присяжных, идущие одновременно, могут парализовать обычный районный суд, может, не в крупном городе, но в пригороде точно», — рассказал юрист Александр Брестер⁶.

2. Кадровая проблема

Возможность рассмотрения дела с участием присяжных на районном уровне — это вызов для профессиональных участников суда. Тех методов, которые использовали следовате-

³ Статистика Судебного департамента по первому полугодию 2019 года показывает: если присяжные, рассматривающие дело на районном уровне, вынесли обвинительный вердикт, председательствующие судьи назначают более строгое наказание, чем если бы они рассматривали дело единолично (Ходжаева Е. А. Суды присяжных в официальной статистике: аналитический обзор. — СПб: Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, 2020, С. 10)

⁴ Рис.1, Рис.2 — источник: Ходжаева Е. А. Суды присяжных в официальной статистике: аналитический обзор. — СПб: Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, 2020

⁵ Интернет-газета ZNAR: интервью с Сергеем Жерновым

⁶ Комментарий «Адвокатской улице»: <https://advstreet.ru/article/lyed-tak-i-netronulsya/>

ли, недостаточно для присяжных. Председатель Мосгорсуда Ольга Егорова подтвердила проблему квалификации следователей и объяснила большой процент оправдательных вердиктов тем, что они разучились работать⁷. Более того, присяжным недостаточно письменных протоколов, а порой и чёрно-белых (а не цветных) фотографий с осмотра места происшествия. Их трудно убедить сухой подачей «добытых фактов». Но важно отметить, что этот вызов для следствия может положительно отразиться на качестве доказывания. Генри Резник на заседании СПЧ отметил, что сейчас в России качество доказывания не соответствует требованиям презумпции невиновности – «когда недоказанная виновность приравнена к доказанной невиновности». Он указал, что ежегодно в российских судах 12 тысяч человек обвиняются без достоверных доказательств их вины, а около трети из них отправляются в места лишения свободы⁸. С присяжными же ситуация другая: оправдательный вердикт выносился в первой половине 2019 года в каждом пятом случае (20%) на уровне и областных, и районных судов⁹, в то время как профессиональные судьи оправдывали подсудимых лишь в 0,23% по статистике 2018 года¹⁰.

Обвинителям, как непосредственным участникам судебного заседания, важно показать знание дела, поэтому читать обвинительное заключение при присяжных, не отрываясь от листа, – заведомо проигрышно. И перед прокурором, у которого нет опыта работы в процессах с присяжными, встаёт нереальная задача – «переучиваться». В ходе полевых исследований социолог Екатерина Ходжаева наблюдала¹¹, что на заседаниях суда присяжных районного уровня часто присутствуют два прокурора – один из областной прокуратуры (краевой, республиканской и т. д.), а другой – из местной. Этот феномен демонстрирует процесс обучения гособвинителей, не обладающих достаточ-

ными знаниями для ведения процесса в суде с участием коллегии.

Перед адвокатом же, в первую очередь, возникает проблема стратегическая – стоит ли вообще ходатайствовать о суде присяжных. Можно выделить четыре основные причины того, зачем нужен суд присяжных:

1. Если обвиняемый отстаивает свою невиновность;
2. Если обвиняемый настаивает на переквалификации (например, планирует доказать необходимую самооборону или наличие особых обстоятельств);
3. Если доказательства вины недостоверны;
4. Если действия потерпевшего были очевидно безнравственными, виктимными¹².

Но это лишь малая часть тех случаев, в которых с большей уверенностью нужно ходатайствовать о суде присяжных, так как каждое дело уникально и не существует универсального ответа на вопрос, просить рассмотрения дела с участием коллегии или нет. В этом и заключается новая и непростая задача адвоката.

Можно также сказать о том, в каких случаях присяжные вряд ли особенно помогут. Во-первых, если человек признает свою вину – тогда, как было сказано ранее, обвинительный вердикт усугубит положение, а решение присяжных обжаловать нельзя. Во-вторых, если главная стратегия адвоката – недопустимость тех или иных доказательств. Если защита планирует указать на то, что большинство доказательств были добыты незаконным путём, имели место какие-либо нарушения УПК, то присяжные здесь ни на что не повлияют – в российском суде с участием коллегии не удастся сказать о попытках и других процедурных нарушениях.

Между тем, процессуальные неточности на судебном заседании могут стать причиной отмены приговора, поэтому адвокату нужно быть особенно внимательным. Telegram-канал

⁷ «Оправдательные вердикты, появившиеся с 1 июня 2018 года, говорят, безусловно, о сильной работе стороны защиты, но и низком качестве сбора и представления доказательств стороной обвинения. Следователи, увы, разучились собирать и анализировать доказательства» – Ольга Егорова в интервью «Интерфаксу»

⁸ Выступление Генри Резника на заседании СПЧ: <https://www.facebook.com/FPARF/video/s/576961529815561/?v=576961529815561>

⁹ Ходжаева Е. А. Аналитический обзор «Суды присяжных в официальной статистике», стр. 9
¹⁰ <https://www.svoboda.org/a/29942062.html>

¹¹ Социолог Екатерина Ходжаева в «Другом разговоре»: <https://www.youtube.com/watch?v=Z-2HNOw-apc&feature=youtu.be> – 19.50

¹² Мельник В.В. Искусство защиты в суде присяжных: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2003, стр. 115



«Оправдательный Вердикт»¹³ рассказал об интересном кейсе: «Оригинальный довод привёл в своей речи адвокат Х., который связал меру пресечения и непричастность подзащитного к преступлению. Так адвокат Х. заявил, что за «... 45-летнюю практику работы в правоохранительных органах он не видел лиц, обвиняемых в умышленном убийстве и не содержащихся под стражей, а сегодняшний подсудимый только месяц под домашним арестом». Присяжные оправдали подсудимого, апелляция оставила оправдательный приговор без изменения. Но, сославшись на приведенную фразу адвоката Х. (и на другие основания), первый кассационный суд отменил приговор и направил дело на новое рассмотрение».

И всё же, пожалуй, наибольшие трудности возникли у судей и аппарата суда. Во-первых, судьям необходимо вести особый контроль за процедурой, ведь приговор, назначенный в соответствии с вердиктом присяжных, можно отменить лишь по процессуальным основа-

ниям, а такая отмена – плохой показатель работы судьи. Во-вторых, на их плечи выпадает формирование списка. Списки кандидатов в присяжные готовят местные администрации, формируются они на основе избирательных списков. При этом присяжными не могут стать люди, которые:

- имеют непогашенную или неснятую судимость;
- младше 25 лет;
- недееспособны;
- состоят на учёте в нарко- или психо-диспансере;
- подозреваемые или обвиняемые в совершении преступления;
- не владеют языком, на котором ведётся судопроизводство;
- имеют физические или психические недостатки, препятствующие полноценному участию в рассмотрении уголовного дела.

Это формальные требования, которые достаточно легко проверить. Но для уверенно-

¹³ Авторы: Сергей Насонов (к.ю.н., адвокат АП г. Москвы), Юлия Стрелкова (к.ю.н., адвокат АП г. Москвы)

сти в независимости присяжных существуют и «непроверяемые» условия: народные судьи не должны быть знакомы с обвиняемым и потерпевшим, а также знать о деле.

К сожалению, в списках, которые доходят до суда, бывают изъяны – в них могут находиться как граждане, не живущие по прописке, так и умершие люди. Это одна из причин трудности

В СПИСКАХ, КОТОРЫЕ ДОХОДЯТ ДО СУДА, БЫВАЮТ ИЗЪЯНЫ – В НИХ МОГУТ НАХОДИТЬСЯ КАК ГРАЖДАНЕ, НЕ ЖИВУЩИЕ ПО ПРОПИСКЕ, ТАК И УМЕРШИЕ ЛЮДИ. ЭТО ОДНА ИЗ ПРИЧИН ТРУДНОСТИ СБОРА КОЛЛЕГИИ – СУДЬИ РАССКАЗЫВАЮТ, ЧТО ОТСЫЛАЮТ ПО 200 ПИСЕМ С ПРИГЛАШЕНИЕМ ЧЕЛОВЕКА В КАЧЕСТВЕ ПРИСЯЖНОГО, НО ИЗ НИХ ПРИХОДЯТ ТОЛЬКО 5-6 ЧЕЛОВЕК. БОЛЕЕ ТОГО, ИЗВЕСТНЫ СЛУЧАИ, ЧТО КОЛЛЕГИЮ НЕ МОГЛИ СОБРАТЬ БОЛЬШЕ ГОДА

сбора коллегии – судьи рассказывают, что отсылают по 200 писем с приглашением человека в качестве присяжного, но из них приходят только 5-6 человек. Более того, известны случаи, что коллегию не могли собрать больше года¹⁴.

Почему так происходит? Дело в том, что списки в системе ГАС «Выборы» обновляются перед выборами президента РФ или Государственной думы, то есть примерно раз в 5 лет. Поэтому информация об избирателях и потенциальных кандидатах в присяжные устаревает. Кроме того, в избирательных списках не указаны формальные требования, предъявляемые к присяжным (судимость и проч.), так что работникам суда каждый раз приходится запраши-

вать дополнительную информацию у соответствующих органов и учреждений¹⁵.

Сложность в формировании коллегии порой вынуждает судей набирать в присяжные людей, не совсем соответствующих стандартам. Авторы telegram-канала «Шесть присяжных» рассказывают: «Иногда для массовости в кандидаты приглашаются даже те, кто заведомо будет отклонён сторонами – например, бывшие сотрудники МВД. Ведь для того, чтобы набрать 8 человек присяжных минимум (6 человек основной состав и 2 запасных), необходимо, чтобы был обеспечен выбор минимум из 12 человек, а желательно больше». Социолог Екатерина Ходжаева поведала и о таком примере: в суд в качестве кандидата в присяжные пришла женщина, которая сразу сказала, что адвокат в этом деле – её дальний родственник. Женщина объяснила, что не поддерживает контактов с защитником, что они только здороваются. Председательствующий судья приняла решение оставить женщину в жюри – других кандидатов было просто не найти¹⁶.

На первых порах реализации сложных реформ всегда возникают проблемы, и эта – не исключение. Некоторые из перечисленных выше трудностей можно преодолеть:

1. Нужно мотивировать граждан на участие в качестве присяжных с помощью достойных компенсаций и в целом с помощью повышения правосознания народа. Сейчас люди воспринимают участие в суде присяжных как бремя – они не являются по приглашению в суд без официальных причин, из-за чего возникают серьёзные проблемы в формировании коллегии. Стоит заметить, что введение штрафов за необоснованную неявку в качестве присяжного – неправильный метод. В таком случае человек будет идти на рассмотрение дела под страхом убытков, а не из соображений важности судьбы обвиняемого.
2. Стоит создать отдельную электронную систему формирования списков кандидатов в

¹⁴ Социолог Екатерина Ходжаева в «Другом разговоре»: <https://www.youtube.com/watch?v=Z-2HNOw-apc&feature=youtu.be> – 23.58

¹⁵ Омеляненко М. Е. Электронные технологии в суде присяжных заседателей: реалии и

перспективы развития, 2019

¹⁶ Социолог Екатерина Ходжаева в «Другом разговоре»: <https://www.youtube.com/watch?v=Z-2HNOw-apc&feature=youtu.be> 30.20



присяжные. Юрист Мария Омеляненко также предлагает регламентировать шаблон приглашения, направляемого кандидату в присяжные заседатели, с нанесением на него штрих-кода или QR-кода для почтового отправления¹⁷.

3. Необходимо увеличить финансирование судейского корпуса и отдельно повысить расходы на техническое оснащение зданий (в частности, залов) судов, где предусмотрены процессы с присяжными.

Как идея, суд присяжных – это гарант правового государства. Именно развитость системы, позволяющей гражданам вершить правосудие, повышает их доверие к суду и к государственной власти в целом. Более того, приговоры, вынесенные на основании вердикта равных, воспринимаются людьми как более справедливые. На данный момент необходимо решить многие проблемы организационного характера. И тогда, по мере приближения практики суда присяжных к его идее, трудности будут исчезать.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Мельник В. В. Искусство защиты в суде присяжных: Учеб.-практ. пособие. – М.: Дело, 2003.
2. Малаховский А. Оправдания и нехватка ораторских качеств: суд присяжных после реформы, 2020. // Право.ру. URL: <https://pravo.ru/story/218729/>
3. Омеляненко М. Е. Электронные технологии в суде присяжных заседателей: реалии и перспективы развития // Сборник материалов I Дальневосточного международного форума «Роботы заявляют о своих правах», 2019.
4. Право: история, теория, практика: VII Междунар. науч. конф. (г. Санкт-Петербург, октябрь 2019 г.) / [под ред. И. Г. Ахметова и др.]. — СПб.: Свое издательство, 2019
5. Учреждение судебных установлений. URL: <http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/3450/>
6. Ходжаева Е. А. Суды присяжных в официальной статистике: аналитический обзор. — СПб: Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, 2020. URL: https://enforce.spb.ru/images/analytical_review/IRL_prisyazhnye_online.pdf

¹⁷ Омеляненко М. Е. Электронные технологии в суде присяжных заседателей: реалии и перспективы развития, 2019



Вадиян Роберт Аркадьевич,
студент 4 курса бакалавриата
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности
Российской академии народного
хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Robert A. Vadian,
4th - year student of bachelor
program
Faculty of Law named after
M.M. Speransky
Institute of Law and National
Security
Russian Presidential Academy of
National Economy
and Public Administration

THE LOSS OF CHANCE DOCTRINE IN RUSSIAN AND ENGLISH LEGISLATION

ANNOTATION: This article analyses the loss of chance doctrine in English and Russian law and compares their approaches to the evaluation of damages caused by loss of chance. The present article also illustrates some of the problems that can arise during the application of the loss of chance doctrine. Along with significant amendments to the legislation on contractual damages in Russia, it is submitted that compensation for loss of a chance in Russia is also possible.

KEYWORDS: *English law, contract law, damages, loss of chance, common law, civil law.*

АННОТАЦИЯ: Данная статья анализирует доктрину утраты шанса в английском и российском законодательствах и сравнивает английский и российский подходы к убыткам, вызванным утратой шанса. Настоящая статья также демонстрирует некоторые проблемы, которые могут возникнуть в процессе применения доктрины утраты шанса. Учитывая последние изменения российского законодательства в сфере договорной ответственности, в статье находит подтверждение мнение о том, что компенсация за утрату шанса в России также возможна.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:

Английское право, договорное право, убытки, утрата шанса, общее право, континентальное право.

There is a wide-spread opinion that law is a formal measure of justice in society. Modern democratic law systems are based on social responsibility and justice, equality, solidarity, and human rights. Tort law also has to comply with modern standards and this was the reason for creating a doctrine called “the Loss of Chance”. It is also known as “the loss of opportunity”, which is well recognized primarily in the UK. The Loss of Chance doctrine, as a part of English tort law, is based on the following principle: if the plaintiff loses an opportunity to obtain a benefit due to the defendant’s actions and/or negligence, the defendant should be liable for the damages caused by these actions.

There could be a situation when damages, in their traditional understanding, cannot be proven. For example, a person is diagnosed with some kind of lethal disease and there is a 30 percent probability that this disease will be cured, but doctor fails to diagnose it. A person goes for a checkup again and another doctor identifies this disease, but the chance has lowered drastically and there is no hope left. Thus, a patient dies, and his relatives bring an action against the doctor. Loss of a chance is often justified in these cases because a doctor breached a duty to protect a patient from the preexisting condition, and a patient would have placed a high value on the chance of a cure even if it was less than 50 percent. This concept of negligent medical care causes a patient to have a lower percentage of survival, or a less favorable outcome, which is undoubtedly an unfortunate event.

The main issue related to the Loss of Chance doctrine is whether a party had an ability to avoid losses or gain profits. As a general rule, the plaintiff is required to prove that he had a reasonable or substantial chance of getting profit. Then a court should calculate the probability of this particular action and then decide whether to award the plaintiff with an estimated amount of compensation. Commonwealth countries (including the UK) stick to an idea: a plaintiff must convince a court that there is a greater than 50 percent probability that his (or her) proposition is true. This standard is called a “balance of probabilities” and its application is very problematic,



which was mentioned by Lord Reid during a lawsuit at House of Lords. He criticized the balance of probabilities approach and noted: “you can prove that a past event happened, but you cannot prove that a future event will happen, and I do not think that the law is so foolish as to suppose that you can. All that you can do is to evaluate the chance. Sometimes it is virtually 100 percent; sometimes virtually nil. But often it is somewhere in between. And if it is somewhere in between I do not see much difference between a probability of 51 percent and a probability of 49 percent”¹. Damages should be assessed while having a probability over 50 percent and a claim should be dismissed if the probability is under 50 percent, which arises a new question: what decision should be made by a court if the balance of probabilities is exactly 50 percent? If the plaintiff proves his position and a court says “we think it is more probable than not,” the case succeeds, but if probabilities are equal, the case fails, thus there is a very slight difference between success and failure. That is why the “balance of probabilities” standard is often contrasted with the “beyond reasonable doubt” standard,

where a court has to be convinced that there is “no doubt” that something is true.

V. V. Baibak is of the opinion that the statistical method could be very effective. If the plaintiff insists on having a chance, a statistical report could be conclusive evidence, if this report demonstrates that the plaintiff or other parties would succeed in similar conditions². Obviously, this evidence will not be considered as determinative, but it could demonstrate not only the will of the plaintiff to get the biggest compensation, but a well-justified calculation.

Thus, the principle has prompted many debates all around the world, as English courts also use “minimum obligation rule” or “minimum performance rule”, which is an established legal principle first mentioned in *Abrahams v Herbert Reich Ltd* case – a party which has an option to perform the contract in one of several ways, will act in a least onerous way. In the loss of chance cases, courts do not apply the “minimum obligation rule” as the reality of a chance lost by a plaintiff shall not be contested even if another party was supposed to act in the most onerous way possible to make this chance viable^{3,4}.

¹ *Davies v Taylor*: HL 1974

² V. V. Baibak – Loss of opportunity (loss of chance) as a form of contract loss – 11 P.

³ *Abrahams v Herbert Reich Ltd* [1922] 1 K.B. 477

⁴ *Jones v. IOS (RUK) Ltd.* [2012] EWHC 348 (Ch)

The clearest and most famous case on this topic is *Allied Maples Group Ltd v Simmons & Simmons*⁵. *Simmons & Simmons* (hereinafter referred to as “S&S”) was a consulting company that advised *Allied Maples Group Ltd* (hereinafter referred to as “AMG”) during their takeover of a group of companies, but S&S negligent advice left *Allied Maples Group* with a bunch of liabilities, which company didn’t intend to have at all. AMG demanded that if they knew about that kind of risk they would negotiate with their counterparty and insist on having an indemnity. The plaintiff was entitled to recover a sum to reflect their loss of a

**DESPITE THAT, THE LOSS
OF CHANCE DOCTRINE IS
VERY RARELY APPLIED IN
INTERNATIONAL DISPUTES DUE
TO THE RESTRICTIONS IMPOSED
BY OTHER CONFLICT
OF LAW RULES**

chance of negotiating the liability and the court had no doubts that AMG would get an indemnity. In *AMG v S&S* the plaintiff’s loss depended upon the action of another party and the plaintiff should have convinced the court that there was a real possibility of this outcome, not necessarily a 100 percent positive one. Hobhouse LJ said: ‘The plaintiffs have satisfied the court that the loss they have suffered is not nominal. They are not obliged to prove more than that they have lost something of substance. This they have done by showing that they had a measurable chance of negotiating significantly better terms.’

In *Chaplin v Hicks*, which was the case that created the loss of chance doctrine, a woman who was wrongly deprived of the chance of being one of the winners in a beauty competition was awarded damages for loss of chance⁶. An action was brought by

an actress Chaplin (the plaintiff) against the Hicks (the defendant), a theatrical manager. Hicks announced a beauty contest in a newspaper, where the top 50 would be invited to an interview and 12 would be selected for employment. Chaplin got through to the final 50 but did not receive her invitation for an interview until it was too late to attend. She brought an action against Hicks based on loss of chance of gaining employment and thus was awarded 100 pounds. One judge reasoned that because there were fifty competitors for twelve prizes the average chance of success was approximately 25 percent, and the “doctrine of averages” could be used there. Sir Vaughan Williams LJ has stated in a court ruling “the fact that damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages for his breach of contract”. In this example, the court used Loss of Chance doctrine to calculate damages which are hard to evaluate as there is no concrete amount of money or assets. Surprisingly, that the quotation of a judge from a common law country became part of Russian civil legislation a hundred years later and remained unchanged, which will be discussed later.

Loss of chance doctrine could also be found in many international legal documents. For example, article 7.4.3. of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts has a direct rule that “compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence”⁷. Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, which is frequently used all around the world, doesn’t contain that rule, but many law specialists admit that this rule is consequential upon the meaning of several articles. For instance, article 74 of CISG states that losses include loss of profit, thus it can be interpreted as an ability to get compensation due to loss of chance⁸. B. Zeller states that the CISG allows some measure of damages in cases of chance⁹. Despite that, the loss of chance doctrine is very rarely applied in international disputes due to the restrictions imposed by other conflict of law rules.

⁵ *Allied Maples Group Ltd v Simmons and Simmons*: CA 1995

⁶ *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786

⁷ The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

⁸ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (signed at 11/04/1980)

⁹ Zeller B. *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Oceana Publications, 2005. 247 p.

¹⁰ Saidov D. *The Law of Damages in the International Sale of Goods*. Oxford, 2008. P. 71

There is an opinion that a chance in business relations has its value¹⁰. Business entities do their best to increase the probability of getting a lucrative deal, they negotiate with each other to create conducive conditions to gain profit. Losing a chance may potentially affect business success as an entity will not be able to obtain a benefit or avoid losses. Compensatory awards for loss of chance are justified. If damages cannot be evaluated with certainty no court shall dismiss the appeal based only on that matter, nevertheless, this principle will be discussed below.

Russian law has a concept of damages and losses as well. To be precise, they are divided into two groups: compensatory damages and the missed profit. Missed profit means unreceived profits, which this person would have derived under the ordinary conditions of the civil turnover if his right were not violated¹¹. The difference is that the Russian legal system doesn't have the Loss of Chance doctrine, therefore there are no rules that may or shall be applied by courts while resolving the dispute. Some kind of the Loss of Chance doctrine is contained in article 20 of the Plenum of the Supreme Court №7 dated 24/03/2016¹². A party which unfaithfully negotiates or stops negotiation on concluding the contract shall compensate losses incurred by an aggrieved party. These losses may include losses incurred concerning negotiation, losses suffered while concluding the future contract, as well as losses incurred in connection with loss of an opportunity to conclude a contract with another party.

Despite having civil law rather than common law system, the Russian legal system shares a principle which was mentioned by Sir Vaughan Williams LJ in *Chaplin v Hicks* case. In its judgment in "SMARTS" case, The Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation has developed a rule that "The Court shall not dismiss an appeal of a company's member solely because of damages cannot be assessed with certainty"¹³, which was later introduced to Russian legislation as a part of decision

of the Plenum of the Supreme Court of Arbitration №62 dated 30/07/2013¹⁴. However, this rule is a subject to the application when the amount of damages is uncertain. Does it mean that there is an ability to get compensation for loss of chance? The answer should be «yes». The absence of this doctrine in the Russian legal system does not mean that similar principles cannot be deduced from the provisions of Russian legislation.

The plaintiff tried to get enforcement orders and subsequently got them: one has frozen assets of the defendant (totaling 1 176 125 rubles) and the other enforcement order was issued for compul-

THE ABSENCE OF THIS DOCTRINE IN THE RUSSIAN LEGAL SYSTEM DOES NOT MEAN THAT SIMILAR PRINCIPLES CANNOT BE DEDUCED FROM THE PROVISIONS OF RUSSIAN LEGISLATION

sory execution of an award made by an arbitral tribunal (according to article 36 of the Russian Federation International Commercial Arbitration Law). The bailiff who ruled the process unfroze the assets and foreclosed four promissory notes under the first enforcement order, which allegedly cost 1 176 125 rubles, while in reality value of PN's were 0 rubles. All proceedings under the second enforcement order were terminated, so the plaintiff didn't get any consideration. That's why he brought an action against FSSP (Russian Federal Bailiffs Service) under article 1069 of the Russian Civil Code (Liability for the Injury Inflicted by State and Local Self-government Bodies, and Also by Their Officials)¹⁵. The Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation held that tribunal's act might have been executed through impounded assets, but bailiff's illegal actions made enforcement of

¹¹ The Civil Code of the Russian Federation (Part One No. 51-FZ of November 30, 1994)

¹² Plenum of the Supreme Court №7 dated 24/03/2016 "On Courts' application of some provisions of the Civil Code of the Russian Federation about liability on breach of obligations"

¹³ The decision of Presidium of the Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation No 2929/11 dated 06/09/2011

¹⁴ Plenum of the Supreme Court of Arbitration №62 dated 30/07/2013

¹⁵ The Civil Code of the Russian Federation (Part One No. 51-FZ of November 30, 1994) The

¹⁶ decision of Presidium of the Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation № 8974/09 dated 03/11/2009 (A56-19229/2008)

judicial acts impossible, hence the plaintiff lost a chance to get his money¹⁶.

Another example is Prokhorov (TNK-BP) v. BP Russian Investments LTD (BP)¹⁷. TNK-BP is a joint venture of English BP and Russian shareholders. BP violated the shareholder's agreement concluded with Russian participants in TNK-BP and then decided to enter into direct negotiations with Rosneft on participation in several oil projects in the Russian Federation. The point is that TNK-BP had the preemptive right to enter into such projects in the Russian Federation. After that, the management of TNK-BP itself began to consider the

option of entering into a partnership with Rosneft. But the board of directors of TNK-BP with the help of directors BP stopped TNK BP from joining the project and TNK-BP was forced to refrain from potentially promising negotiations with Rosneft due to a conflict of interest. TNK-BP's shareholder

Andrei Prokhorov filed a lawsuit to recover his missed profit, accusing BP of bypassing TNK-BP's preemptive right to enter into potentially profitable projects in Russia. Thereby TNK had lost a chance to have a strategic partnership with Rosneft Joint Stock Company and, subsequently, lost a chance to participate in EPNZ-1, EPNZ-2 and EPNZ-3 shelf development programs at the Kara Sea. In this complicated company law case estimated amount of missed profit was 7 700 000 000 USD. Nevertheless, the court pointed the parties' attention to the fact that Rosneft proposed to initiate shelf development to other companies, such as LUKOIL, Bashneft, and Surgutneftegaz and calculated the missed profit as 7 700 000 000 USD (total amount) / 4 (number of participants), representing 25 percent chance of participating in the development project. In this particular case, the amount of missed profits was established unambiguously, which contrasts with English cases mentioned above. A. G. Karapetov disagrees with

court's ruling and believes that the court mechanically took into account the probability of TNK-BP's successful negotiations with Rosneft despite Rosneft's opinion that TNK-BP almost had no chance of success due to lack of experience in joint venture oil projects¹⁸. Also, the court failed to consider a strong assumption that negotiations would have resulted in an agreement and its' execution. This court ruling confirms that theoretically the doctrine of loss of chance exists in Russia, being a kind of «legal ghost».

Considering all of the above, the application of the "loss of chance" doctrine is very burden-

some for Russian courts, because there is no legal act that would officially introduce this doctrine to the Russian legislation. However, with current missed profit concept courts can recover damages caused by loss of opportunity. During its' evolution, Russian law adopted many provi-

sions of English legislation, such as estoppel (p. 5 article 166 of the Russian Civil Code: An application for invalidity of a transaction shall not have a legal effect if the person referring to the transaction's invalidity does not act in good faith, in particular, if the behavior thereof after carrying out the transaction gave grounds to other persons to rely upon the transaction's validity¹⁹) and indemnity, so an introduction of the "loss of chance" to the Russian law is just a matter of time. Unlike the Russian approach to this kind of losses, in England the doctrine of loss of chance is still widely used by courts. Case law in this category of cases is quite diverse, despite the fact that claims for compensation of losses caused by the loss of chance are relatively rare. In the light of the foregoing, it is expected that Russian law will someday officially introduce the possibility of recovering losses according to the loss of chance doctrine, as this approach seems to be quite fair and reasonable.

**THIS COURT RULING
CONFIRMS THAT
THEORETICALLY THE
DOCTRINE OF LOSS OF
CHANCE EXISTS IN RUSSIA,
BEING A KIND OF
«LEGAL GHOST»**

¹⁷ The decision of Commercial Court of Tyumen' dated 27/06/2012 (A70-7811/2011)

¹⁸ A. G. Karapetov – "Oil wars and private law"

¹⁹ The Civil Code of the Russian Federation (Part One No. 51-FZ of November 30, 1994)



BIBLIOGRAPHY

LEGAL ACTS:

1. The Civil Code of the Russian Federation (Part One No. 51-FZ of November 30, 1994) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
2. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (signed at 11/04/1980), URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.
3. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

CASES:

1. Abrahams v Herbert Reisch Ltd [1922] 1 K.B. 477.
2. Allied Maples Group Ltd v Simmons and Simmons: CA 1995.
3. Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786.
4. Davies v Taylor: HL 1974.
5. Jones v. IOS (RUK) Ltd. [2012] EWHC 348 (Ch).
6. The decision of Commercial Court of Tyumen' dated 27/06/2012 (A70-7811/2011) // ConsultantPlus.
7. The decision of Presidium of the Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation No 2929/11 dated 06/09/2011 // ConsultantPlus.
8. The decision of Presidium of the Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation № 8974/09 dated 03/11/2009 (A56-19229/2008) // ConsultantPlus.
9. Plenum of the Supreme Court №7 dated 24/03/2016 "On Courts' application of some provisions of the Civil Code of the Russian Federation about liability on breach of obligations" // ConsultantPlus.

REFERENCES:

1. V. Baibak – Loss of opportunity (loss of chance) as a form of contract loss – 11 P. URL: <https://publications.hse.ru/articles/166533564>.
2. A. Karapetov – "Oil wars and private law", personal blog, URL: https://zakon.ru/blog/2012/8/14/neftyanye_vojny_i_chastnoe_pravo.
3. D. Saidov The Law of Damages in the International Sale of Goods. Oxford, 2008. P. 71.
4. B. Zeller – Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. New York: Oceana Publications, 2005. 247 p.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ:

1. Гражданский Кодекс Российской Федерации (Часть 1 от 30 ноября 1994 года N 51-ФЗ). // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
2. Венская Конвенция о договорах международной купли-продажи (принята 11/04/1980), URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.
3. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, URL: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА:

1. Abrahams v Herbert Reisch Ltd [1922] 1 K.B. 477
2. Allied Maples Group Ltd v Simmons and Simmons: CA 1995.
3. Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786.
4. Davies v Taylor: HL 1974.
5. Jones v. IOS (RUK) Ltd. [2012] EWHC 348 (Ch).
6. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №2929/11 от 06/09/2011 // СПС «КонсультантПлюс».
7. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 8974/09 от 03/11/2009 (A56-19229/2008) // СПС «КонсультантПлюс».
8. Решение Арбитражного суда города Тюмень от 27/06/2012 (A70-7811/2011) // СПС «КонсультантПлюс».
9. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 N 7 (ред. от 07.02.2017) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»; // СПС «КонсультантПлюс».

НАУЧНАЯ ЛИТЕРАТУРА:

1. Байбак В. В. – Утрата благоприятной возможности (loss of a chance) как разновидность договорных убытков (11 P.), URL: <https://publications.hse.ru/articles/166533564>.
2. Карапетов А. Г. – "Нефтяные войны и частное право", личный блог, URL: https://zakon.ru/blog/2012/8/14/neftyanye_vojny_i_chastnoe_pravo.
3. Saidov D. The Law of Damages in the International Sale of Goods. Oxford, 2008. P. 71.
4. Zeller B. Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. New York: Oceana Publications, 2005. 247 p.



Ильин Егор Александрович
(ilin.egor.a.13@gmail.com)
студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ

Egor Ilyin
3d - year student of bachelor
program
Faculty of Law named after
M.M. Speranky
Institute of Law and National Security
Russian Presidential Academy of
National Economy
and Public Administration

DIGITAL TECHNOLOGIES AND LAW: REALITY OR MYTH: PART I

ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ И ПРАВО: РЕАЛЬНОСТЬ ИЛИ МИФ

ANNOTATION: This article is devoted to the problem of implementation of digital technologies into modern economy and its legal regulation. Ancillary, the main digital technologies and their influence and impact on legislation, economy and society will be studied, as well as a review of judicial practice on the grounds of any infringements in the field of digital technologies.

In addition, it will be subjected to scientific review and probing in order to learn the prospects and feasibility of using distributed ledgers technology and other digital technologies as a solution to legal and economic problems.

The genesis of the terms Digital Economy and Digital Technologies in economy was first mentioned in early 1990s in Japan. Later on, this term was described as an instrument of market-based businesses on the Internet. Also, this article is divided into 2 parts.

KEYWORDS: *Digitalization, Internet, Blockchain, Public Blockchain, Distributed ledgers, Cryptography, DLT, Bitcoin, Smart Contract, Digital signature, GDPR, Data protection, Big Data.*

АННОТАЦИЯ: Данная статья посвящена проблеме внедрения цифровых технологий в современную экономику и её правовое регулирование. Также, будут изучены основные цифровые технологии и их влияние на законодательство, экономику и общество, а также проведён обзор судебной практики по основаниям любых нарушений в сфере цифровых технологий.

Кроме того, будет подвергнуто научному рассмотрению, исследованию и зондированию с целью изучения перспектив и целесообразности использования технологии распределённых реестров данных и других цифровых технологий в качестве решения правовых и экономических проблем. Впервые термин «цифровая экономика» был упомянут в начале 1990-х годов в Японии. Позже этот термин был описан как инструмент рыночного бизнеса в Интернете. Также, эта статья состоит из двух частей.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *цифровизация, интернет, блокчейн, публичный блокчейн, распределённые реестры, криптография, цифровая лента с линейной записью, биткойн, смарт-контракт, цифровая подпись, общий регламент по защите данных, защита данных, большие данные.*

INTRODUCTION

The entrance to the modern era of digital technologies got to be accompanied by certain processes and new rules for regulating public relations should be applied. That is why it is extremely important that legal institutions regulate this area as soon as possible.

For instance, blockchain technology was created by the group of cryptoanarchists who defended the ideas of privacy and personal freedom. The improvements of surveillance methods and the expansion of Internet communications open up huge opportunities for governmental computer surveillance of people. Cryptoanarchists believe that the protection from this phenomenon may be the development and use of cryptography. They and cipher punks believe that the laws of mathematics are stronger than human laws (legislation) and, thus, cryptanarchism is immortal.

However, it occurred that this technology also could be really useful for States and their governments. Now almost every well-developed country invests in such technologies, and Russia is no exception. If you pay attention to the system of Russian so-called “National projects”, one particular of twenty-two of them is called National program “Digital economy of Russian



Federation” and contain the Federal project which is called “Digital Public Administration”. There are 6 direction in the execution of the project: “Information security”, “Legal regulation of the digital environment”, “Personnel for the digital economy”, “Information infrastructure”, “Digital technology” and “Digital public administration”. As we see, Russia is moving towards this tendency and it is our purpose to analyze its potential.

There are already existing examples of how digital technologies help businesses. As we all know, venture capital was the main source of funding for startups and other business projects. But with blockchain technologies, ICO and STO have become a more reliable and easy way to raise money for entrepreneurs. And it is already a reality that ICO and STO can replace venture capital in all aspects.

There are several perspective digital technologies such as Big Data, Internet of Things, Blockchain, Quantum technologies, Virtual Reality, Augmented Reality, Artificial Intelligence and Neural Technologies, Robots and wireless communications. Of course, almost everyone is acquainted with at least one of the technologies presented, but not everyone is aware about their influence on the economy and social life and the complexity of their legal regulation.

BLOCKCHAIN

Indeed, the blockchain would be the most interesting subject of discussion. This technology has

recently joined a group of technologies that have been deemed as subversive and disastrous to a lot of international and domestic legal principles in numerous states. As it was mentioned earlier, the reason is hidden in the genesis of this technology related to cryptoanarchists and arises from its essence. The main aim of this article is to examine how blockchain and other digital technologies might be compatible with regulatory and legal models. The first things that comes to mind about blockchain is cryptography. This technology allows individuals and companies to protect almost any piece of information and data. Owing to this fact, data protection is considered as an example of an area of law that is claimed to be unlikely reconciled with blockchain and distributed ledgers.

Hence, there are variety of identified conflicts and slew concerns about blockchain. These concerns about blockchain are placed in the context of eternal historical debates about new technologies versus legislation and law.

If we dig deeper into the history of digital technologies, not least information technologies abound with statements that a particular development will be extremely “disruptive” and will lead to the obsolescence of established legal norms and regulatory framework. Probably the most striking illustration is the enthusiastic reception that cyber libertarians have given to the public Internet in the nineties. At the time, some predicted that not only would specific legal constructions be challenged, but also nation states would become obsolete. In

this particular dispute, the most illustrative example is the Declaration of independence of cyberspace, adopted by John Perry Barlow in 1996, this included claims that:

“Governments of the Industrial World... You have no sovereignty where we gather.... Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are based on matter, and there is no matter here¹.”

This statement whatsoever was clearly exaggerated. The most fascinating thing about it is that John Perry Barlow later commented 10 years later: ***“We all get older and wiser”***. As a matter of fact, internet so-called “online” activities were subjected to more legal and regulatory rules, then comparable “offline” activities². It goes without saying, new technologies do not fit perfectly into existing legislative paradigm all the time, and enforcement can be complex, but legislators and courts have so far managed to adjust, albeit with a lag, to each wave of innovation.

One of the most intractable legal issue about how data protection rules and concepts will impose to blockchain. There are discussions related to compatible blockchain platforms that include the processing of personal data. Jan Philipp Albrecht, a Member of European Parliament who played a prominent role in developing and refining the EU’s General data protection regulation (GDPR), suggested that it is nearly impossible. In his opinion:

“GD GDPR, if they do not provide for [the exercise of data subjects’ rights] based on their architectural design. This does not mean that blockchain technology, in General, must adapt to GDPR, it simply means that it probably cannot be used to process personal data.³”

Jan Philipp Albrecht and his disapproving view of blockchain as a single technology for processing personal data seems premature and trivialized. As with many other technologies, the ability to process personal data using blockchain technology in a manner compatible with GDPR will depend on the

specific technical and organizational model underlying a particular blockchain application. However, before we continue to explore this issue, we need to make the concept of blockchain clearer.

Peradventure, it is more correct to start explanation on blockchain with the clarification of the fact that there is no single blockchain as such. It is more correct to say that there are several types of blockchains, and each type of blockchains can eventually give rise to completely different legal consequences and disadvantages.

In contrast to diverse recently introduced technologies, there is still no generally accepted definition of blockchain⁴. Expressively, this is not surprising, given the unorthodox origin of the first popular blockchain app – bitcoin, the rapid pace at which blockchain is evolving, and the fact that this term is used to cover a wide range of models for creating and managing ledgers of transactions. Howbeit the brilliant idea of using a hashed block chain to create a secure ledger dates back to the early nineties, the concept only became widespread with the publication in 2008 of an article called “Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system”, authored by an unknown person or person who used the name Satoshi Nakamoto⁵.

If you delve into the technological aspect of the problem, you should refer to the National Institute of Standards and Technology (hereafter “NIST”) (eng. National Institute of standards and technology). The technology review prepared by NIST defines blockchains as blocks of distributed digital ledgers of cryptographically signed transactions⁶. The essence of the technology is that after the agreement on validation of the created block, this block is immediately added to the chain and cryptographically linked to the previous block. If any participant tries to interfere with a transaction that is recorded in the block (proof of distortion), the other participants will immediately notice this action. Moreover, the older this block is, the more difficult it is to fake this block (resistance from distortion). This distrib-

¹ John Perry Barlow, ‘A Declaration of the Independence of Cyberspace’, 8 February 1996, available at: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.

² [“Cyberspace and the “no regulation” fallacy” in Christopher Millard and Robert Carolina, ‘Commercial transactions on the global information infrastructure: a European perspective’, John Marshall J. Computer & Info. Law, Vol. 14, 269 (1996).

³ David Mayer, ‘Blockchain technology is on a collision course with EU privacy law’, IAPP Privacy Advisor, 27 February 2018. Available at: <https://iapp.org/news/a/blockchain-technology-is-on-a-collision-course-with-eu-privacy-law/>.

⁴ “The NIST Definition of Cloud Computing” had reached its 16th, and final, version by September 2011. Available at: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final>.

⁵ Arvind Narayanan, Joseph Bonneau, Edward Felton, Andrew Miller and Stephen Goldfeder, “Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction” (Princeton University Press, 2016). The Nakamoto paper is available here: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁶ Yaga D., Mell P., Roby N., Scarfone K. Blockchain Technology Overview // NIST. October 2018. URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2018/NIST.IR.8202.pdf>. P.1.

uted nature of blockchains comes from the fact that each participant in the transaction has a complete copy of the block chain, and new blocks that appear are replicated on copies of this ledger⁷.

There are three main elements that help us understand blockchain technology better. Blockchain is a system:

- to record a number of data elements (for example, transactions between parties);
- that uses cryptography to make it difficult to manipulate past entries in the book;
- that is the sequential process of storing one or more copies of a workbook and adding new operations.

But it should also be added that not all blockchains are fully distributed. There is also a difference between private blockchains and public blockchains. A good example of a public blockchain is bitcoin, in which each user can view all existing transactions in the chain: users also have a full copy of the chain. In such a chain, each user has the same equal power as other participants, so-called peer-to-peer (p2p). Private blockchains are not peer-to-peer, nor are they functioning without an established intermediary. private blockchains are absolutely transparent, since they are moderated by an administration or a consortium that can provide access to users of blocks⁸.

Another advantage of using peer-to-peer public blockchains is its decentralization, which allows it to be resistant to any attacks. If an attack occurs on one of the nodes, then due to the lack of a coordination center, this attack on one of the nodes will not be able to disrupt the functioning of the entire

A GOOD EXAMPLE OF A PUBLIC BLOCKCHAIN IS BITCOIN, IN WHICH EACH USER CAN VIEW ALL EXISTING TRANSACTIONS IN THE CHAIN: USERS ALSO HAVE A FULL COPY OF THE CHAIN. IN SUCH A CHAIN, EACH USER HAS THE SAME EQUAL POWER AS OTHER PARTICIPANTS, SO-CALLED PEER-TO-PEER

system, since other nodes will be able to continue further functioning⁹.

The legal analysis of the blockchain system will not be carried out on the example of bitcoin, since this blockchain can be used exclusively for simple transactions. Also, bitcoin does not allow chain users to create smart contracts, which are protocols for automatically executing actual contracts. It is more correct to consider as an example a blockchain of the Ethereum

type, which is also an example of a public bitcoin. Ethereum also has the Turing completeness property, which makes it more versatile and applicable for more cases^{10,11}.

By the way, a smart contract is a computer Protocol that allows all parties to negotiations to exchange their assets between each other, for example, shares, property or money. A smart contract allows you to perform such operations without resorting to the help of a third party as an intermediary. This smart contract is the source code, which is located in the blockchain itself, which, as it was already found out, is a chain of blocks consisting of a mass of computer nodes¹². Nick Szabo first came up with the idea of smart contracts in 1994¹³. Nick was both a specialist in law and cryptology. The idea was that a decentralized ledger would allow transactions to be made in the virtual space automatically and cryptographic systems would ensure the security of these transactions, as well as protect them from hacking. This technology had to be based on a set of computers that were connected by a chain of blocks. However, at that time, the limited technological paradigm could not allow the creation of such a structure. However, this situation

⁷ Yaga D., Mell P., Roby N., Scarfone K. Op. Cit. P.1

⁸ Yaga D., Mell P., Roby N., Scarfone K. Op. Cit. P.53.

⁹ Serpinis Th., Serpinis Ch. Traceability Decentralization in Supply Chain Management Using Blockchain Technologies // ArXiv. 2018. URL: arxiv.org/pdf/1810.09203.pdf

¹⁰ Popper N. Understanding Ethereum, Bitcoin's Virtual Cousin // The New York Times. 2 October 2017. URL: <https://www.nytimes.com/2017/10/01/technology/what-is-ethereum.html>

¹¹ Mik E. Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity // Law, Innovation and Technology. 2017. Vol. 9. Iss. 2. P. 269–300; Lexi B., Jurisevic A.,

Kong M., Liu E., Gauthier F., Gramoli V., Holz R., Scholz B. Vandal: A Scalable Security Analysis Framework for Smart Contracts // ArXiv. 11 September 2018. URL: <https://arxiv.org/pdf/1809.03981.pdf>

¹² Mamaeva N.V., Burkov A.V. Comparative analysis of the cryptocurrency market // Scientific enquiry in the contemporary world: theoretical basics and innovative approach, 2017. No 11. C. 86–88.

¹³ Nick Szabo, 1997. Formalizing and securing relationships on public networks. First Monday, volume 2, number 9.

lasted until 2008, the year of the creation of bitcoin – the most famous blockchain, though not the only one. Smart contract technology was supposed to facilitate the process of making deals. For example, for real estate transactions, it was necessary to apply to a notary and wait for the completion of all formalities. Given the ambiguity of the positions of many courts in the process of many court hearings on disputes related to such civil turnover, the un-

THIS SMART CONTRACT IS THE SOURCE CODE, WHICH IS LOCATED IN THE BLOCKCHAIN ITSELF, WHICH, AS IT WAS ALREADY FOUND OUT, IS A CHAIN OF BLOCKS CONSISTING OF A MASS OF COMPUTER NODES

derstanding of the usefulness of this technology comes quite quickly. No one wants to lose money and time in courts because of the counterparty's bad faith, so the conclusion of self-executing smart contracts allows *bona fide* parties to save not only time, money, but also nerves. It also allows you to establish a reliable and automatic system for the execution of these contracts on a permanent basis. If one of the parties violates the terms of the contract, penalties are automatically imposed on that party. It is thanks to cryptography that you can avoid all sorts of distortions and changes to the established terms of the contract of one party without the consent of the other. Despite the unequivocal uselessness of lawyer's activities, which, of course, is not always solidly positive, but still in economic and financial terms, such contracts are the most profitable in terms of time and money costs due to all these advantages.

As a rule, cryptocurrency is used to confirm transactions between users. A cryptocurrency is a virtual or digital currency that uses cryptographic technologies to secure transactions.

And despite the rapid growth of technology, blockchain and smart contracts are just beginning to flow into everyday life and are still an outlandish technology for ordinary people, however, even for many lawyers and even civilists.

To clarify all the elements of the narrative, it is worth noting the definition of Turing completeness. And although the terminology and description as a whole cannot fully provide an understanding of this object, it is still necessary to designate at least a technical definition. The completeness of Turing means that the characteristic of the set of computing elements, if we believe the computability theory, contains the possibility of implementing almost any computable function on such a performer¹⁴. Simply put, the performer is complete if each computable function has its own element that calculates this function, or else, in other words, if the performer allows you to write each presented function. It is in this respect that Ethereum is much more versatile and more functional for performing tasks.

Thus, as with a lot of problems that arise in data protection legislation, the correct answer to the question of whether the blockchain can be used for processing personal data is not binary, but rather "It depends". There is no doubt that a lot of work needs to be done not only with regard to personal data, but also with regard to other legal consequences of blockchain, including the role of contract law in managing assets and relationships "inside the chain" and "outside the chain". Maybe unsurprisingly, cryptocurrencies and Initial Coin offering have received particular attention from lawmakers and financial services regulators with approaches ranging from attempted bans to constructive engagement¹⁵.

Thus, this section offers a brief overview of the characteristics of public blockchain technology.

Some researchers single out as a fundamental characteristic of public blockchains their distribution and not dependence on trust to other parties of the relationship or to the Central apparatus – everything happens autonomously¹⁶. In addition, it is worth emphasizing that the blockchain technology

¹⁴ Brainerd, W.S., Landweber, L.H. Theory of Computation. – Wiley, 1974.

¹⁵ Chris Reed, Uma Sathyanarayan, Shuhui Ruan and Justine Collins, "Beyond Bitcoin: legal-impurities and off-chain assets", International Journal of Law and Information Technology, Vol. 26(1), 160.

¹⁶ Fairfield J.A.T. Bitproperty // Southern California Law Review. 2015. Vol. 88. No. 4. P. 805, 808

as such consists of many structural elements, the set of which may vary in different services¹⁷.

One of the presented technologies, oddly enough, is the blockchain technology itself. In this context, we will understand blockchain as a way of structuring data. Using cryptographic tools, the technology of the blockchain is getting really unique. The peculiarity is expressed in the use of certain cryptographic resources. The blockchain technology is able to create a record of absolutely any data and authenticate the identity of the parties to the transaction, while being resistant to any unauthorized access to these records¹⁸. This particular feature of this technology is used everywhere in every blockchain application¹⁹.

The next element is a network. Early blockchain applications such as Ethereum or Bitcoin operate on a public blockchain that is distributed over a peer-to-peer (p2p) network²⁰. In this case, all blockchain operations are functions of the network as a whole. Such a network is called “nodes” of computers that are managed by the network together, which means that in practice there is no Central authority²¹.

It is also worth noting that not all blockchains are systems that do not require trust from other users²². However, this is only true for bullet blockchains, which can be used freely without trust by any users. In private blockchains, however, the opposite situation exists: trust between users arises precisely because of the centralization element²³.

An example of a centralized blockchain based on trust is the Ripple blockchain, which relies on venture capital. This blockchain requires a certain degree of trust to verify all transactions²⁴.

An interesting example of blockchain centralization by a third party and the use of this technology at the state level is the state of Estonia. Estonia has been

using blockchain since 2012 to protect and preserve data in the judicial, legislative, and health sectors²⁵.

The last component of the technology is the consensus mechanism, which is the process of reaching an agreement within this distributed system. It is consensus that allows nodes in a distributed peer-to-peer network to work together without knowing about each other or trusting each other. This mechanism includes a designated set of rules located inside the system code, coordinated by a network of nodes that operate under the control of a single software program, where the rules govern the creation of new blocks²⁶. This set of rules can ensure network consistency, but more importantly, any participant's behavior is acceptable and appropriate²⁷. In summary, we can consider this mechanism as a fundamental mechanism that solves the problems of trust between users in a distributed peer-to-peer network²⁸.

One of the most important issues of using this technology in law in relation to the music industry and copyright protection is the dilemma about the legal regulation of this technology. On the one hand, excessive restrictions can stifle any innovation, but on the other hand, the complete absence of legal regulation can lead to injustice, which can stop the introduction of this technology in other sectors of life²⁹.

With the spread of blockchain technology, the interest of legislators in regulating this technology is also spreading. There are also positive examples, the Court of justice of the European Union exempted bitcoin transactions from value added tax, since the EU considers bitcoin as a legal tender³⁰.

However, despite this, blockchains will always strive for independence and alienation from public authorities. Therefore, bitcoin became the first blockchain that began to focus on eliminating the

¹⁷ Maas T. What is Blockchain Technology? // Law & Blockchain. 21 June 2017. URL: <https://www.lawandblockchain.eu/post-template/>

¹⁸ Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain. A Report by the UK Government Chief Scientific Adviser. London, 2017. P. 17.

¹⁹ Maas T. Blockchain: the 3 Core Components // LinkedIn. 24 October 2017. <https://www.linkedin.com/pulse/blockchain-3-core-components-thijs-maas>

²⁰ Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Blockchain Demystified // SSRN. 20 December 2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=3091218>

²¹ Rosic A. What is Blockchain Technology? A Step-by-Step Guide for Beginners // Blockgeeks. 2016. URL: <https://blockgeeks.com/guides/what-is-blockchain-technology/>

²² Ugglia C., Hallström C.-J. Is It as Trustless as They Say? A Functional Analysis of the

²⁴ Blockchain and Trust. Jönköping, 2018 // URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/7668/afe9165f549d755402965161ba3d242c4d5b.pdf>

²⁴ Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Op. cit. P. 6.

²⁵ Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain. P. 18.

²⁶ We Have Built a Digital Society and So Can You // e-Estonia. URL: <https://e-estonia.com/>

²⁷ Maas T. Blockchain: The 3 Core Components.

²⁸ Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Op. cit. P. 13.

²⁹ Chen L., Xu L., Gao Z., Lu Y., Shi W. Tyranny of the Majority: On the (Im)Possibility of Correctness of Smart Contracts // IEEE Security and Privacy. 2018. Vol. 16. Iss. 4. P. 30–37.

³⁰ Telpner J. The Lion, the Unicorn, and the Crown. Striking a Balance Between Regulation and Blockchain Innovation. Toronto, 2018. URL: https://www.sullivanlaw.com/assets/htmldocuments/Telpner_The%20Lion%20the%20Unicorn%20and%20the%20Crown_Blockchain%20Research%20Institute.pdf

Skatteverket v. David Hedqvist, Case C-264/14

direct influence of state institutions on the currency as a whole. Many lawyers often ask about the nature of blockchains and the possibility of their regulation by the state³¹. At the moment, however, blockchain has already moved away from the period of cyberpunk, when such technology was perceived as a tool of the society of libertarian political views, which were ardent opponents of the establishment and state regulation of the economy^{32,33}.

In addition to Estonia, Japan has also officially recognized blockchain, moreover, it uses this technology as one of the payment methods, along with the national currency³⁴. It is this rapid development of technology that can contribute to the revolutionary development of methods for using blockchains in various sectors of society³⁵.

Ending the topic with the concept of blockchain and the issue of its legal regulation, consider the example of the Uber Corporation. The main message is the paradox of blockchain decentralization and the inevitability of its regulation. Some authors agree that this trend toward centralization is simply inevitable³⁶. This conclusion follows both from the early stages of the development of Internet Commerce and their later scenario of the development of the “platform economy”, and some believe that this development of the trend for regulation will only develop, as we will consider the example of Uber^{37,38}. Uber has not always been a supporter of

AN INTERESTING EXAMPLE OF BLOCKCHAIN CENTRALIZATION BY A THIRD PARTY AND THE USE OF THIS TECHNOLOGY AT THE STATE LEVEL IS THE STATE OF ESTONIA. ESTONIA HAS BEEN USING BLOCKCHAIN SINCE 2012 TO PROTECT AND PRESERVE DATA IN THE JUDICIAL, LEGISLATIVE, AND HEALTH SECTORS

cooperation with the state or other regulators, but now the company is actively lobbying for regulatory intervention in the insurance sector in the US legislation^{39,40}. And as we can see now, Uber is still actively pursuing compliance with these requirements⁴¹.

Above, the author considered the blockchain technology both from a technical perspective and through the prism of legislation. Now we need to understand the most important thing. How

can this technology allow you to protect copyrights? The answer to this question can serve as an analysis of the disorganizing potential of blockchain in the field of intellectual law.

In particular, let's look at how this technology can help preserve aesthetic works of art, including musical, literary or artistic works⁴².

This technology can, to varying degrees, have different effects on copyright, as was announced in the European Parliament resolution “on distributed ledger technologies and blockchains: building trust by eliminating intermediaries” of October 3, 2018⁴³. However, in this paper, the author proposes to consider the most positive aspects of using distributed registries.

This resolution highlights patterns of using blockchain technology to protect copyrights:

1. the Technology can be used to manage and track intellectual property in order to facilitate the protection of copyrights or patents;

³¹ Reed C., Murray A. Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace. Cheltenham, 2018.

³² Lopp J. Bitcoin and the Rise of the Cypherpunks // Coin Desk. 9 April 2016. URL: <https://www.coindesk.com/the-rise-of-the-cypherpunks>

³³ Stankovic S. An Introductory Guide to Cryptocurrency Regulation // Un-block. 15 January 2018. URL: <https://unblock.net/cryptocurrency-regulation/>

³⁴ Garber J. Bitcoin Spikes after Japan Says it's a Legal Payment Method // Business Insider. 03.04.2017. URL: <http://uk.businessinsider.com/bitcoin-price-spikes-as-japan-recognizes-it-as-a-legal-payment-method-2017-4?r=US&IR=T>

³⁵ Swan M. Blockchain: Blueprint for a New Economy. Sebastopol, 2015.

³⁶ Werbach K.D. The Song Remains the Same: What Cyberlaw Might Teach the Next Internet Economy // Florida Law Review. 2017. Vol. 69. No. 3. P. 887, 889.

³⁷ Noto La Diega G. Uber Law and Awareness by Design. An Empirical Study on Online Platforms and Dehumanised Negotiations // Revue européenne de droit de la consommation. 2016. No. II. P. 383–413.

³⁸ Kenney M., Zysman J. The Rise of the Platform Economy // Issues in Science and Technology. 2016. Vol. 32. No. 3. URL: <https://issues.org/the-rise-of-the-platform-economy/>

³⁹ Insurance Aligned // Uber Newsroom. 24 March 2015. URL: <https://www.uber.com/newsroom/introducing-the-tnc-insurance-compromise-model-bill>

⁴⁰ Arvelo F. RESIST – Uber and Subverting Regulations // The Bespoke Lawyer. 10 March 2017. URL: <https://www.bespokelawyer.com/resist-uber-and-subverting-regulations/>

⁴¹ An Update on Insurance // Uber Newsroom. 1 March 2018. URL: <https://www.uber.com/newsroom/an-update-on-insurance>

⁴² Waelde C., Brown A., Kheria S., Cornwell J. Contemporary Intellectual Property. Oxford, 2016. P. 3.

⁴³ European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and blockchains⁶ building trust with disintermediation (2017/2772(RSP)) // European Parliament. URL: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_EN.html



2. the Technology can be used to create a public ledger that can identify the intellectual property and copyright of artists on it;
3. blockchain can also help strengthen the links between the Creator and his works;
4. due to the transparency of the technology, creators can track the use of their works and adjust the amount of royalties accordingly.

However, despite the transparency and the prospect of no intermediaries, it is unlikely that the latter will be completely abandoned in the near future⁴⁴. One of the reasons for this is, oddly enough, the huge investment of intermediaries themselves in blockchain technology⁴⁵.

One of the main merits of the above-mentioned Berne Convention is the fact that copyright arises from the author's work directly from the moment of creation of the work, and not after registration by the state⁴⁶. The formalities associated with ex

ante control of the work could indicate a developed censorship. The provisions of the Convention abolished these formalities and secured exclusive copyrights⁴⁷.

It follows that the real heir to this idea of copyright protection is the blockchain technology, which is able to protect authors from both censorship and violation of their exclusive rights. Moreover, the technology can make the copyright protection procedure not only more transparent and secure, but also cheaper, but also user-friendly, which is also important^{48,49}. Considering the features of blockchain technology, we have identified cryptographic technologies as a guarantee of security, which can mean resistance to fraud or distortion, which is, of course, an important function of the technology in relation to copyright protection⁵⁰.

However, in the field of copyright protection, there is a mechanism for depositing works in Internet registries, but unlike depositing in distrib-

⁴⁴ O'Dair M. *Music on the Blockchain*. Blockchain for Creative Industries Research Cluster. London, 2016.

⁴⁵ ASCAP, SACEM, and PRS for Music Initiate Joint Blockchain Project to Improve Data Accuracy for Rights Holders // PRS for MUSIC. 7 April 2017. URL: <https://www.prsformusic.com/press/2017/prs-for-music-ascap-and-sacem-initiate-joint-blockchain-project>

⁴⁶ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886 // https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283700

⁴⁷ Mann A.J. *The Anatomy of Copyright Law in Scotland before 1710* // Research

Handbook on the History of Copyright Law / Ed. by I. Alexander, H.T. Gómez-Arostegui. Cheltenham, 2016. P. 99.

⁴⁸ Savelyev A. Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges // *Computer Law & Security Review*. 2018. Vol. 34. Iss. 3. P. 550.

⁴⁹ Buntinx J.-P. Future Use Cases for Blockchain Technology: Copyright Registration // *Bitcoin News*. 4 August 2015. URL: <https://news.bitcoin.com/future-use-cases-for-blockchain-technology-copyright-registration/>

⁵⁰ O'Hara K. Smart Contracts – Dumb Idea // *IEEE Internet Computing*, 2017. Vol. 21. Iss. 2. P. 97–101.

uted blockchain registries, depositing in regular archives may not be as secure due to censorship and removal of works by state authorities. In the blockchain, such a situation with the deposit of a work cannot occur due to the distribution of the network⁵¹.

SUMMING UP, WE CAN STATE THAT BLOCKCHAIN TECHNOLOGY, IN PARTICULAR, PUBLIC BLOCKCHAINS CAN HAVE A REVOLUTIONARY IMPACT ON THE PROTECTION OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS BY RESOLVING PROBLEMS WITH THE REGISTRATION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND PROTECTION OF VIOLATED RIGHTS, THANKS TO AN ESTABLISHED CRYPTOGRAPHIC SYSTEM OF DISTRIBUTED REGISTRIES THAT STORE ALL THE ORIGINAL DATA THAT CANNOT BE FORGED OR CHANGED

In addition to fighting censorship, the blockchain also fights copyright infringement by unauthorized users and, consequently, anticipates financial losses for copyright holders and authors. If the owners of the Spotify streaming service used distributed ledger technology, the payment of compensatory damages of \$ 112 million to copyright holders and authors, according to the case of *Ferrick, et. al. V. Spotify*⁵², could not take place due to the preser-

vation of content. In this context, difficulties with copyright protection are compounded by problems with tracking the use and reproduction of the work by users due to the widespread exchange between them⁵³. In the age of the Internet, the exchange of copyrighted materials takes place with enviable ease and copyright holders are not physically able to control each use of their material in standard ways⁵⁴.

Another reason for copyright infringement is the difficulty of identifying the author or authors of the work⁵⁵. The most common reason for this is the lack of uniform requirements for registering copyrights on the Internet (as a cost of the author's absolute exclusive rights arising from the moment of creation). This results in the absence of a single updated metadata database for musical works. Music metadata is information about the authors of a piece of music. Music metadata is usually fragmented and completely out of sync with each other. Since different copyright holders decide which data to make public and which to keep private⁵⁶.

Despite the fact that some legal acts, such as the law "On protection of copyright and patent rights, as well as rights in the field of design works" of 1988, stand out as authors - creators of text, Creator of music and producer of sound recordings, there are still other realities in business⁵⁷. In addition to these entities, the circle of people involved in a piece of music also consists of engineers, mastering specialists, and intermediaries in the form of music distribution services. It is for this reason that artists receive part of the royalty only after a long time⁵⁸.

The blockchain technology in question is able to solve all these problems in the field of copyright protection. One example of a blockchain-based music platform is Mycelia. This platform allows artists of musical works to issue a token, which is

⁵¹ Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Op. cit. P. 13. О проблемах, связанных с отказами узлов, см.: Li J. Data Transmission Scheme Considering Node Failure for Blockchain // *Wireless Personal Communications*. 2018. Vol. 103. Iss. 2. P. 179–194.

⁵² United States District Court, S.D. New York. *Ferrick, et. al. v. Spotify, USA Inc. et. al.* Case No. 16-cv-8412 (AJN).

⁵³ All Eyes on the Sharing Society // *World Intellectual Property Review*. March, April 2015. URL: www.rightsdirect.com/wp-content/uploads/sites/6/2015/04/WIPR-Kim-Zwollo-04-2015.pdf

⁵⁴ Haas R. Twitter: New Challenges to Copyright Law in the Internet Age // *The John Marshall Re- view of Intellectual Property Law*. 2010. Vol. 10. P. 231–254.

⁵⁵ The UK Copyright, Designs and Patents Act 1988. Sec. 11.

⁵⁶ Wallach D.A. Bitcoin for Rockstars // *Wired*. 12 October 2014. URL: <https://www.wired.com/2014/12/bitcoin-for-rockstars/>

⁵⁷ Wallach D.A. Bitcoin for Rockstars // *Wired*. 12 October 2014. URL: <https://www.wired.com/2014/12/bitcoin-for-rockstars/>

⁵⁸ Heap I., Tapscott D. Blockchain Could Be Music's Next Disruptor // *Fortune*. 22 September 2016. URL: <https://fortune.com/2016/09/22/blockchain-music-disruption>

transferred to the owner only when the latter signs the transaction with their individual and private key, which completely eliminates the possibility of users illegally using music or transferring data.

As for the metadata of musical works, the public blockchain of peer-to-peer distributed networks can create a global metadata database that will be constantly updated and will be resistant to external influences.

A global metadata database based on blockchain has a number of advantages over territorial metadata databases that are controlled by government agencies. A distributed global blockchain does not require trust from the governments of one country to the governments of another, which makes it possible to create a single secure ledger of music metadata that is not burdened with bureaucratic mechanisms⁵⁹.

Summing up, we can state that blockchain technology, in particular, public blockchains can have a revolutionary impact on the protection of copyright and related rights by resolving problems with the registration of intellectual property and protection of violated rights, thanks to an established cryptographic system of distributed registries that store all the original data that cannot be forged or changed.

The author has considered many legal precedents where plaintiffs had to prove that they belonged to the work. This is due to the lack of a reliable system of copyright registers. Existing registries can be falsified, censored, or simply inconvenient. The mechanism of copyright registration based on blockchain technology is able to solve this problem in all aspects.

However, despite these arguments, it is currently too early to draw unambiguous conclusions about the breakthrough impact of blockchain, at least due to the lack of an up-to-date regulatory framework and obstacles to the modernization of this technology at all levels and in various areas.

For an unambiguous breakthrough in this area, it is necessary to properly interact between the authorities, legal scientists, experts in the field of

blockchain and interested parties in the face of copyright holders and authors.

The blockchain technology most closely reflects the essence of civil law as such. The private nature of the relationship between users of the network and the desire to distance themselves from state regulation makes this technology ideologically suitable for many civil law institutions, in particular, relations in the field of economics relations and intellectual property. But more importantly, this technology can not only ideologically match the spirit of civil relations, but also provide effective methods of preventing violations of civil rights.

DIGITAL SIGNATURE

The next suggested topic is digital signature. This technology is closely related to blockchain, in fact, it is based on it. As we all know, the main principle of cryptography is that the unknown element is only the key, the method of cryptography must be known. The main essence of digital signature is the principle of creating a pair of cryptographic keys that only the owner could know.

As it is well-known, cryptography is a method of hiding the content of a message, used from ancient times to the present day. Like plain text, a text message can be a stream of binary digits, a text file, a bitmap, a digital audio recording, an audio image of a video or movie and any other information formed into digital bits. When a message is encrypted, it is called a ciphertext or cryptogram. The opposite procedure, that is, turning an encrypted text back into an open one, is called decryption (or decrytion). Essentially, modern cryptographic systems use a mathematical process to convert one set of characters that have a value (binary data) into a second set of characters that do not have a value. Cryptography usually requires a number of functions, the most important of which is authenticity, not secrecy⁶⁰.

This technology is already used in many areas such as banking, governmental services etc.

⁵⁹ Wright A., Filippi de P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia // SSRN. 10 March 2015. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664

⁶⁰ Mason, Stephen. «Digital Signatures.» In *Electronic Signatures in Law*, 295-338. University of London Press, 2016. Accessed March 3, 2020. doi:10.2307/j.ctv5137w8.20.

CONCLUSION

To draw the conclusion, it is worth to say that this is probably one of the most complex and complicated issues of the last couple decades. Digital technologies have come to our lives rapidly. Businesses and states have learned convenience of digital technologies.

Many economies are based on these technologies' exploitation. That is why the regulation in this area is vital for our society. The sooner we regulate this area, the sooner we will be able to gain profits from this area. And it was our goal to see how these technologies can easily lower uncertainty and how they therefore promise to transform our economic systems in radical ways.

To sum-up abovementioned information, the transformative influence of digitalization is difficult to overestimate. This effect is visible worldwide, as

well as in the production of knowledge, political participation, and social structures. Multiple parties participate in this transformation, making choices and thus allowing technology and states, society to mutually beneficial influence on each other. But how receptive or responsive are various state authorities to this transformation? It should require these parties to think about the type of digital innovations that can contribute to the achievement of the rule of law goals and also consider those that can hinder or even block these goals. It is quite obvious that democracy and law have always been adapted to new tendencies and trends. The recent years are no exception. It is essential this formation be carried out in a more or less balanced way. Taking into consideration that this technology cannot be considered cost-free and that new tools should be applied in accordance with their own interests or tasks.



BIBLIOGRAPHY

1. All Eyes on the Sharing Society // World Intellectual Property Review. March, April 2015. URL: www.rightsdirect.com/wp-content/uploads/sites/6/2015/04/WIPR-Kim-Zwollo-04-2015.pdf
2. An Update on Insurance // Uber Newsroom. 1 March 2018. URL: <https://www.uber.com/newsroom/an-update-on-insurance>
3. Arvelo F. RESIST — Uber and Subverting Regulations // The Bespoke Lawyer. 10 March 2017. URL: <https://www.bespokelawyer.com/resist-uber-and-subverting-regulations/>
4. Arvind Narayanan, Joseph Bonneau, Edward Felton, Andrew Miller and Stephen Goldfeder, "Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction" (Princeton University Press, 2016). The Nakamoto paper is available here: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
5. ASCAP, SACEM, and PRS for Music Initiate Joint Blockchain Project to Improve Data Accuracy for Rights Holders // PRS for MUSIC. 7 April 2017. URL: <https://www.prsformusic.com/press/2017/prs-for-music-ascap-and-sacem-initiate-joint-blockchain-project>
6. Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Blockchain Demystified // SSRN. 20 December 2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=3091218>
7. Bacon J., Michels J.D., Millard C., Singh J. Op. cit. P. 13. О проблемах, связанных с отказами узлов, см.: Li J. Data Transmission Scheme Considering Node Failure for Blockchain // Wireless Personal Communications. 2018. Vol. 103. Iss. 2. P. 179–194.
8. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886 // https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283700
9. Brainerd, W.S., Landweber, L.H. Theory of Computation. — Wiley, 1974.
10. Buntinx J.-P. Future Use Cases for Blockchain Technology: Copyright Registration // Bitcoin News. 4 August 2015. URL: <https://news.bitcoin.com/future-use-cases-for-blockchain-technology-copyright-registration/>
11. Chen L., Xu L., Gao Z., Lu Y., Shi W. Tyranny of the Majority: On the (Im)Possibility of Correctness of Smart Contracts // IEEE Security and Privacy. 2018. Vol. 16. Iss. 4. P. 30–37.
12. Chris Reed, Uma Sathyanarayan, Shuhui Ruan and Justine Collins, "Beyond Bitcoin: legal-impurities and off-chain assets", International Journal of Law and Information Technology, Vol. 26(1), 160.
13. Copyright, Designs and Patents Act 1988. Sec. 3 (1), 5A, and 10A.
14. Cyberspace and the "no regulation fallacy" in Christopher Millard and Robert Carolina, 'Commercial transactions on the global information infrastructure: a European perspective', John Marshall J. Computer & Info. Law, Vol. 14, 269 (1996).
15. David Mayer, 'Blockchain technology is on a collision course with EU privacy law', IAPP Privacy Advisor, 27 February 2018. Available at: <https://iapp.org/news/a/blockchain-technology-is-on-a-collision-course-with-eu-privacy-law/>.
16. Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain. A Report by the UK
17. Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain. P. 18.
18. European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and blockchains⁶ building trust with disintermediation

- (2017/2772(RSP)) // European Parliament. URL: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_EN.html
19. Fairfield J.A.T. Bitproperty // Southern California Law Review. 2015. Vol. 88. No. 4. P. 805, 808
 20. Garber J. Bitcoin Spikes after Japan Says it's a Legal Payment Method // Business Insider. 03.04.2017). URL: <http://uk.businessinsider.com/bitcoin-price-spikes-as-japan-recognizes-it-as-a-legal-payment-method-2017-4?r=US&IR=T>
 21. Government Chief Scientific Adviser. London, 2017. P. 17.
 22. Haas R. Twitter: New Challenges to Copyright Law in the Internet Age // The John Marshall Review of Intellectual Property Law. 2010. Vol. 10. P. 231–254.
 23. Heap I. Tapscott D. Blockchain Could Be Music's Next Disruptor // Fortune. 22 September 2016. URL: <https://fortune.com/2016/09/22/blockchain-music-disruption>
 24. <https://www.linkedin.com/pulse/blockchain-3-core-components-thijs-maas>
 25. Insurance Aligned // Uber Newsroom. 24 March 2015. URL: <https://www.uber.com/newsroom/introducing-the-tnc-insurance-compromise-model-bill>
 26. John Perry Barlow, 'A Declaration of the Independence of Cyberspace', 8 February 1996, available at: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>.
 27. Kenney M., Zysman J. The Rise of the Platform Economy // Issues in Science and Technology. 2016. Vol. 32. No. 3. URL: <https://issues.org/the-rise-of-the-platform-economy/>
 28. Lopp J. Bitcoin and the Rise of the Cypherpunks // Coin Desk. 9 April 2016. URL: <https://www.coindesk.com/the-rise-of-the-cypherpunks>
 29. Maas T. Blockchain: the 3 Core Components // LinkedIn. 24 October 2017.
 30. Maas T. Blockchain: The 3 Core Components.
 31. Maas T. What is Blockchain Technology? // Law & Blockchain. 21 June 2017. URL: <https://www.lawandblockchain.eu/post-template/>
 32. Mamaeva N.V., Burkov A.V. Comparative analysis of the cryptocurrency market // Scientific enquiry in the contemporary world: theoretical basics and innovative approach, 2017. No 11. C. 86–88.
 33. Mann A.J. The Anatomy of Copyright Law in Scotland before 1710 // Research Handbook on the History of Copyright Law / Ed. by I. Alexander, H.T. Gómez-Arostegui. Cheltenham, 2016. P. 99.
 34. Mason, Stephen. «Digital Signatures.» In Electronic Signatures in Law, 295–338. University of London Press, 2016. Accessed March 3, 2020. doi:10.2307/j.ctv5137w8.20.
 35. Mik E. Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity // Law, Innovation and Technology. 2017. Vol. 9. Iss. 2. P. 269–300; Lexi B., Jurisevic A., Kong M., Liu E., Gauthier F., Gramoli V., Holz R., Scholz B. Vandal: A Scalable Security Analysis Framework for Smart Contracts // ArXiv. 11 September 2018. URL: <https://arxiv.org/pdf/1809.03981.pdf>
 36. Nick Szabo, 1997. Formalizing and securing relationships on public networks. First Monday, volume 2, number 9.
 37. Noto La Diega G. Uber Law and Awareness by Design. An Empirical Study on Online Platforms and Dehumanised Negotiations // Revue européenne de droit de la consommation. 2016. No. II. P. 383–413.
 38. O'Dair M. Music On the Blockchain. Blockchain for Creative Industries Research Cluster. London, 2016.
 39. O'Hara K. Smart Contracts –Dumb Idea // IEEE Internet Computing. 2017. Vol. 21. Iss. 2. P. 97–101.
 40. Popper N. Understanding Ethereum, Bitcoin's Virtual Cousin // The New York Times. 2 October 2017. URL: <https://www.nytimes.com/2017/10/01/technology/what-is-ethereum.html>
 41. Reed C., Murray A. Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace. Cheltenham, 2018
 42. Rosic A. What is Blockchain Technology? A Step-by-Step Guide for Beginners // Blockgeeks. 2016. URL: <https://blockgeeks.com/guides/what-is-blockchain-technology/>
 43. Savelyev A. Copyright in the Blockchain Era: Promises and Challenges // Computer Law & Security Review. 2018. Vol. 34. Iss. 3. P. 550.
 44. Sermpinis Th., Sermpinis Ch. Traceability Decentralization in Supply Chain Management Using Blockchain Technologies // ArXiv. 2018. URL: arxiv.org/pdf/1810.09203.pdf
 45. Stankovic S. An Introductory Guide to Cryptocurrency Regulation // Unblock. 15 January 2018. URL: <https://unblock.net/cryptocurrency-regulation/>
 46. Swan M. Blockchain: Blueprint for a New Economy. Sebastopol, 2015.
 47. Telpner J. The Lion, the Unicorn, and the Crown. Striking a Balance Between Regulation and Blockchain Innovation. Toronto, 2018. URL: https://www.sullivanlaw.com/assets/htmldocuments/Telpner_The%20Lion%20the%20Unicorn%20and%20the%20Crown_Blockchain%20Research%20Institute.pdf
 48. The NIST Definition of Cloud Computing had reached its 16th, and final, version by September 2011. Available at: <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final>
 49. The UK Copyright, Designs and Patents Act 1988. Sec. 11.
 50. Ugglä C., Hallström C.-J. Is It as Trustless as They Say? A Functional Analysis of the Blockchain and Trust. Jönköping, 2018 // URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/7668/afe9165f549d755402965161ba3d-242c4d5b.pdf>
 51. Waelde C., Brown A., Kheria S., Cornwell J. Contemporary Intellectual Property. Oxford, 2016. P. 3.
 52. Wallach D.A. Bitcoin for Rockstars // Wired. 12 October 2014. URL: <https://www.wired.com/2014/12/bitcoin-for-rockstars/>
 53. We Have Built a Digital Society and So Can You // e-Estonia. URL: <https://e-estonia.com/>
 54. Werbach K.D. The Song Remains the Same: What Cyberlaw Might Teach the Next Internet Economy // Florida Law Review. 2017. Vol. 69. No. 3. P. 887, 889.
 55. Wright A., Filippi de P. Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia // SSRN. 10 March 2015. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664
 56. Yaga D., Mell P., Roby N., Scarfone K. Blockchain Technology Overview // NIST. October 2018. URL: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2018/NIST.IR.8202.pdf>. P.1.

ПУТЬ К ПРАВУ

 **Решетникова Стефания Борисовна**
Юрист Antitrust Advisory LLC,
старший преподаватель кафедры
конкурентного права ИПНБ РАНХиГС,
магистр конкурентного права



Я решила поступить на юридический факультет, когда училась в пятом классе. Мне казалось, что быть юристом – это каждый день делать мир немного лучше, бороться за справедливость и помогать тем, кому это нужнее всего. Я и сейчас так думаю, пусть и с меньшей долей идеализма.

Для получения юридического образования я выбрала РАНХиГС. Он был первый в списке вузов, в которые я собиралась подавать документы. Благодаря победе в нескольких олимпиадах МГУ шанс поступить в любой из этих вузов был достаточно высок, но я отчётливо помню, как в первый раз зашла в первый корпус РАНХиГС и поняла, что хочу учиться только здесь. Это была практически любовь с первого взгляда, которая продолжается по сегодняшний день.

Мне не раз за годы моего обучения на бакалавриате приходилось объяснять своим знакомым, почему я выбрала именно РАНХиГС, а не профильный МГЮА, например. Ответ прост: то, насколько хороший из тебя выйдет профессионал и насколько удачно сложится твоя карьера, зависит только от тебя. Нужно много учиться, максимально пользоваться теми возможностями, что даёт вуз, а также самостоятельно развивать необходимые навыки и умения, пробовать себя в разных областях, чтобы найти что-то свое. РАНХиГС же предоставил все возможности для получения качественного образования и саморазвития.

Невероятно важно, чтобы бывшим школьникам, ко-

торые только вступили на путь высшего образования, была дана достойная база для дальнейшего получения знаний и развития навыков, для формирования профессионального правосознания и мировоззрения. На меня лично огромное влияние оказали Владимир Владимирович Медведев и Сергей Александрович Комаров – одни из лучших преподавателей, у которых мне довелось учиться. Они научили нас не просто зубрить материал и отвечать его на семинарах, а проводить глубокий анализ и докапываться до истины, самостоятельно работать с первоисточниками, размышлять и рассуждать. Это невероятно ценные навыки, особенно для начинающих юристов. Нашему курсу в целом повезло: большинство наших преподавателей максимально вкладывались в нас, давали нам не только знания, но и относились к нам как к личностям. Они умели сделать свой предмет действительно интересным студентам, и это заражало, ведь очень здорово делиться тем, что ты так хорошо знаешь, с другими людьми, и делать это настолько талантливо. И мне очень хотелось последовать их примеру.

Эта моя мечта сбылась спустя годы: я веду конкурентное право и смежные с ним дисциплины в РАНХиГС, и мне это безумно нравится. Я стараюсь сделать предмет максимально интересным и полезным для студентов и уже сейчас замечая, что некоторые из них после наших занятий задумываются о том, чтобы выбрать конкурентное право своей специализацией. Это меня очень вдохновляет: значит, я всё делаю правильно. Выбрать свой профессиональный путь очень сложно, иногда



приходится перепробовать несколько сфер, чтобы найти что-то своё, что будет приносить доход и удовольствие от работы одновременно. Я сама окончательно определилась со своей сферой профессиональных и научных интересов только на третьем курсе, когда у нас началось конкурентное право. Хотя на тот момент я уже работала помощником адвоката и занималась банкротствами, конкурентное право привлекло меня гораздо больше, и я решила уйти в эту сферу и развиваться именно в ней. Могу сказать, что пока у меня это достаточно хорошо получается: я окончила специализированную магистратуру с отличием, в настоящее время работаю юристом в одной из топ-3 консалтинговых компаний, занимающихся консультированием в области антимонопольного права, активно публикуюсь, учусь в аспирантуре в alma mater и надеюсь через несколько лет защитить кандидатскую диссертацию по своей специализации.

В профессиональной и научной деятельности мне очень помогают также те hard и soft skills, которые я приобрела за время учебы. Я успела побыть председателем студенческого совета юридического факуль-

**Я ОЧЕНЬ ГОРЖУСЬ,
ЧТО ОКОНЧИЛА РАНХИГС,
И БЛАГОДАРНА
АКАДЕМИИ ЗА ТОТ ВКЛАД,
ЧТО ОНА ВНЕСЛА И
ПРОДОЛЖАЕТ ВНОСИТЬ
В МОЮ ЖИЗНЬ,
ЗА ТОТ ОПЫТ, КОТОРЫЙ
ПОЗВОЛЯЕТ МНЕ
РАЗВИВАТЬСЯ
В ПРОФЕССИИ И
СТРЕМИТЬСЯ К НОВЫМ
ДОСТИЖЕНИЯМ**

тета, сотрудником юридического вестника факультета, который основала и активно развивала моя талантливая подруга Алиса Грачёва, работником приёмной комиссии, волонтером Гайдоровского форума и десятка других академических мероприятий разного масштаба. Кроме того, меня постоянно мотивировали и продолжают мотивировать и вдохновлять окружающие меня люди, мои близкие друзья, с которыми мы дружим со времен бакалавриата. Они не только достойные представители нашей профессии, но и невероятно талантливые и целеустремлённые личности. Мы профессионально

растем вместе уже много лет, поддерживая друг друга во всех начинаниях и искренне радуясь победам друг друга.

Я очень горжусь, что окончила РАНХиГС, и благодарна Академии за тот вклад, что она внесла и продолжает вносить в мою жизнь, за тот опыт, который позволяет мне развиваться в профессии и стремиться к новым достижениям. И я искренне желаю нынешним студентам успехов не только в учёбе, но и в практике, чтобы каждый выпускник смог состояться как профессионал в своей сфере права.



President LawJournal

🌐 www.plawj.com
📺 vk.com/pl_journal

Научный руководитель: Иванова Т.Н.

Главный редактор: Киктенко К.Г.

Помощники главного редактора:

Ефимова Д.В., Кирилина А.А.

Верстка: Ху М.К.

Корректор: Степаненко К.Ю.

Издается при поддержке местного
отделения по району Тропарево-Никулино
Западного административного округа
Московского регионального отделения
Ассоциации юристов России