

President Law Journal

1'21



РАНХиГС
РОССИЙСКОЕ НАУЧНОЕ
ЦЕНТРОСОЗДАНИЕ
ПО ИССЛЕДОВАНИЮ
ПРАВОВОГО ПОРЯДКА



ИНСТИТУТ
ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ



РОССИЙСКОЕ
АССОЦИАЦИЯ
ПРАВОВЕДОВ

**ОСОБЕННОСТИ
ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ
ТОРГОВЛИ
В ИСЛАМЕ**

**THE STATUS
OF DIPLOMATIC
ASYLUM
IN INTERNATIONAL
LAW**

**АВТОМАТИЗАЦИЯ
КОМПЛАЕНСА
В ЦИФРОВУЮ
ЭПОХУ**

**БАНКРОТСТВО
В РИМСКОМ
ПРАВЕ**

**БОЛЬШОЕ
ИНТЕРВЬЮ**

с Антоном
Александровичем
Ивановым



Иванова Татьяна Николаевна,
научный
руководитель
журнала



Киктенко Константин Геннадьевич,
главный редактор
журнала

Мы представляем Вашему вниманию первый выпуск *President Law Journal* за 2021 год. Благодаря Вашей поддержке и советам мы постепенно выстраиваем вокруг журнала целую систему образовательных и научных проектов. Так, с этого года в нашем издании можно пройти учебную и производственную практику. На данный момент в редакции проходят практику более 10 человек: одна группа сконцентрировалась на переводе судебных решений Верховного суда США, а другая – на составлении подборок мнений по разным вопросам права дореволюционных и советских учёных. Вскоре мы опубликуем для всеобщего пользования труды наших практикантов, ведь для нас главный цензор и критик – это наш читатель.

В этом выпуске мы опубликовали 7 статей, на некоторые из которых мы бы хотели обратить особое внимание. Приятно удивила статья Т. Гусейнова, посвящённая регулированию торговли на примере сделки купли-продажи в исламском праве. Эта работа является хорошим введением в азы исламского права. Другая, не менее интересная статья, написанная в соавторстве Е. Булавчик и А. Улугназарова, посвящена юридическому комплаенсу. Авторы достаточно убедительно обосновывают значимость комплаенса на предприятии, обозревают современные электронные системы, позволяющие снизить правовые риски для бизнеса.

Кроме того, наш журнал взял большое интервью у Антона Александровича Иванова, председателя ВАС РФ в отставке. Каким должно быть образование, можно ли было спасти Высший арбитражный суд, какие книги стоит прочитать каждому юристу – Вы узнаете из нашей беседы с Антоном Александровичем.

Колонку «Выпускник юрфака» представил В. Косцов – победитель конкурса им. В. Виса, а ныне аспирант и советник юридической фирмы. Свои мысли о праве, образовании и карьере автор обращает к тем, кто вот-вот покинет стены вуза и займёт своё место в юридическом мире.

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

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Специфика правовой охраны настольных игр как результатов интеллектуальной деятельности.
The specifics of the legal protection of board games as the results of intellectual activity.
Автор: Яценко Ангелина Михайловна
- 13** Субсидиарная ответственность за неподачу заявления о признании должника банкротом.
Subsidiary responsibility for refusing to send an application for declaring the debtor a bankrupt.
Автор: Тонких Фёдор Петрович
- 20** Особенности правового регулирования торговли в исламе.
Features of legal regulation of trade in Islam.
Автор: Гусейнов Тофик Азерович
- 36** Последствия имущественной несостоятельности физического лица в римском праве.
Consequences of proprietary insolvency of a natural person in roman law.
Автор: Осокин Александр Владиславович
- 50** Природа права выгодоприобретателя во французской правовой традиции.
The nature of the beneficiary rights in french jurisdiction.
Автор: Прошина Яна Константиновна

ИНТЕРВЬЮ

- 56** Большое интервью с Антоном Александровичем Ивановым.
Беседовал К. Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 72** Автоматизация комплаенса в цифровую эпоху.
Compliance automation in the digital age.
Авторы: Булавчик Елизавета Вячеславовна, Улугназаров Азизбек Аъзамович

LAW UNLIMITED

- 82** The status of diplomatic asylum in international law.
К вопросу о статусе дипломатического убежища в международном праве.
Автор: Проявка Полина Рустамовна

ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 88** Косцов Владимир Николаевич:
«Юриспруденция для меня – это способ рассуждать об эффективной организации общества, об общественном интересе».

**President
LawJournal**

🌐 www.plawj.com
📌 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала:
Иванова Т.Н.
Главный редактор журнала:
Киктенко К.Г.
Помощник главного редактора:
Ефимова Д.В.
Заместитель главного редактора:
Езюков В.К.

Редакционная коллегия:
Ермошин П.Ю., Кирилина А.А., Пьянкова А.Ф.
Корректор:
Гараева С.М.
Верстка:
Ху М.К.
Свидетельство о регистрации СМИ:
ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.
ISSN: 2687-1599



УДК 347.77



Яценко Ангелина Михайловна
(yatsenko.angelina@mail.ru)

студент 2 курса бакалавриата
Института государственного и
международного права
Уральского государственного
юридического университета
Angelina Yatsenko
2nd-year student of bachelor program
Institute of State and International Law
Ural State Law University

Научный руководитель:

Бандо Михаил Владимирович

Доцент кафедры гражданского права
Уральского государственного
юридического университета
Кандидат юридических наук

Academic supervisor:

Mikhail Bando

Associate Professor of the Department of Civil
Law of the Ural State Law University
Candidate of Law

СПЕЦИФИКА ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ НАСТОЛЬНЫХ ИГР КАК РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

THE SPECIFICS OF THE LEGAL PROTECTION OF BOARD GAMES AS THE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY

АННОТАЦИЯ: Необходимость комплексного подхода к защите прав на настольные игры обусловлена их структурной особенностью, позволяющей рассматривать каждый составной элемент в качестве отдельного объекта интеллектуальных прав. Автором проанализирована специфика правовой охраны настольных игр с позиций авторского права, прав на средства индивидуализации и патентного права. В результате ознакомления с действующим законодательством сделан вывод о существовании у разработчиков возможности защитить результат своего труда и поспособствовать тем самым развитию добросовестной конкуренции в игровой индустрии.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: настольные игры, результаты интеллектуальной деятельности, объекты интеллектуальной собственности, авторское право, средства индивидуализации, патентное право.

ANNOTATION: The need for a comprehensive approach to the protection of rights to board games is due to their structural feature, which allows us to consider each component element as a separate object of intellectual rights. The author analyzes the specifics of the legal protection of board games from the standpoint of copyright, rights to means of individualization and patent law. As a result of familiarization with the current legislation, it is concluded that developers have the opportunity to protect the result of their work and thereby contribute to the development of fair competition in the gaming industry.

KEYWORDS: board games, results of intellectual activity, objects of intellectual property, copyright, means of individualization, patent law.

В 2020 году исполнилось 85 лет со дня оформления Чарльзом Дэрроу патента на настольную игру «Монополия». Идея создания одной из самых популярных игр современности родилась у жителя Пенсильвании в разгар Великой депрессии в США. Первоначально получив отказ в регистрации прав на придуманную им экономическую игру, Дэрроу занялся ее производством и продажей самостоятельно, после чего добился одобрения заявки на патент. Игра мгновенно стала самой продаваемой в США и приобрела впоследствии мировую известность. Впечатляющая история американского изобретателя не теряет своей актуальности: несмотря на всевозрастающую популярность компьютерных игр, настольные игры продолжают пользоваться спросом у широкого круга потребителей, а у их создателей все чаще возникают вопросы, связанные с особенностями регистрации прав на результат своей творческой деятельности и его правовой защиты от нелегального копирования.

Правовой анализ российского законодательства, регулирующего общественные отношения в сфере охраны интеллектуальной собственности, необходимо предварить разъяснением сущности используемых в настоящей статье гражданско-правовых понятий. Интеллектуальная деятельность человека, по смысловому значению противопоставляемая физической, связана с умственными способностями личности и основана на ее индивидуальных знаниях,

ВОПРОС О ВОЗМОЖНОСТИ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ НАСТОЛЬНЫХ ИГР ОСЛОЖНЕН ТЕМ, ЧТО ИГРЫ ДАННОЙ КАТЕГОРИИ ВКЛЮЧАЮТ В СЕБЯ НЕСКОЛЬКО СОСТАВЛЯЮЩИХ, КАЖДУЮ ИЗ КОТОРЫХ РАССМАТРИВАЮТ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ОБЪЕКТ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

используемых в процессе мышления. Результаты интеллектуальной деятельности – совокупность продуктов творческого труда и иных приравненных к ним нематериальных объектов¹. При этом важно отметить, что не все результаты интеллектуальной деятельности могут быть признаны объектами интеллектуальной собственности и получить в связи с этим правовую охрану, то есть обеспеченность средствами, позволяющими создателю ограничивать использование результатов своего труда другими лицами. Перечень охраняемых законодательством результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации закреплен в статье 1225 Гражданского Кодекса Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 №230-ФЗ (ред. от 30.12.2020) (далее – ГК РФ)², однако среди всех перечисленных объектов настольная игра как совокупность определенных идей и правил не выделяется. Вопрос о возможности правовой охраны настольных игр осложнен тем, что игры данной категории включают в себя несколько составляющих, каждую из которых рассматривают как самостоятельный объект интеллектуальных прав.

Отдельные элементы настольной игры как цельного продукта творческой деятельности могут быть защищены авторским правом. Авторское право – гражданско-правовой институт, регулирующий общественные отношения, возникающие в связи с созданием и использованием научных, художественных или литературных произведений³. Е. И. Каминская в одной из своих научных работ подчеркивает, что авторские права имеют своим основанием факт создания произведения, которое в свою очередь является проявлением личности автора, его творческих способностей и интересов⁴. В соответствии со статьей 1259 ГК РФ в качестве объектов авторского права выступают произведения науки, литературы и искусства независимо от их достоинств, целей создания и форм выражения, при этом критериями их охраноспособности в доктрине гражданского права принято считать новиз-

ну, творческую самостоятельность и оригинальность⁵. К элементам настольной игры, охраняемым авторским правом, могут быть отнесены: дизайн упаковки (пп.б. п.1. ст.1259 ГК РФ); сюжет игры, оформленный в виде литературного произведения (пп.1. п.1. ст. 1259 ГК РФ); признанный самостоятельным результатом творческого труда автора персонаж игры (п.3., п.7. ст.1259 ГК РФ), а также правила игры в форме произведения изобразительного искусства (пп.б. п.1. ст.1259 ГК РФ). Необходимо отметить, что согласно п.5 ст.1259 ГК РФ на идеи, концепции, принципы, методы авторское право не распространяется. Художественная форма воплощения правил или сюжета игры, являясь отдельным и самостоятельным объектом авторского права, не будет служить основанием для защиты правил или сюжета как совокупности идей, иными словами, авторским правом охраняется форма произведения, а не его содержание (п.3.ст.1259 ГК РФ). Следуя логике законодателя, идея, получившая выражение в объективной форме, должна защищаться авторским правом, однако изучение существующей судебной практики позволяет сделать вывод о неоднозначном отношении судов к данному вопросу. Так, в Апелляционном определении Московского городского суда от 12 июля 2017 г. по делу N 33-26559/2017⁶ указыва-

¹ Гражданское право: учебник: в 2 т. / С.С. Алексеев, О.Г. Алексеева, К.П. Беляев и др.; под ред. Б.М. Гонгало. 3-е изд. – М.: Статут, 2018. Т. 1. с.243

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): федер. закон от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006 г. № 52 (1 ч.). Ст. 5496 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020

³ Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. с.701

⁴ Каминская Е.И. Авторские права как права человека // Журнал российского права. 2014. №10. с.67

⁵ Смирнов Д.М. О современных проблемах авторского права в Российской Федерации // Вестник Челябинской государственной академии культуры и искусств. 2015. №1(41). с.41

⁶ Апелляционное определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 12 июля 2017 г. по делу N 33-26559/2017 // base.garant.ru URL: <https://base.garant.ru/149141757/> (дата обращения: 03.02.2021).

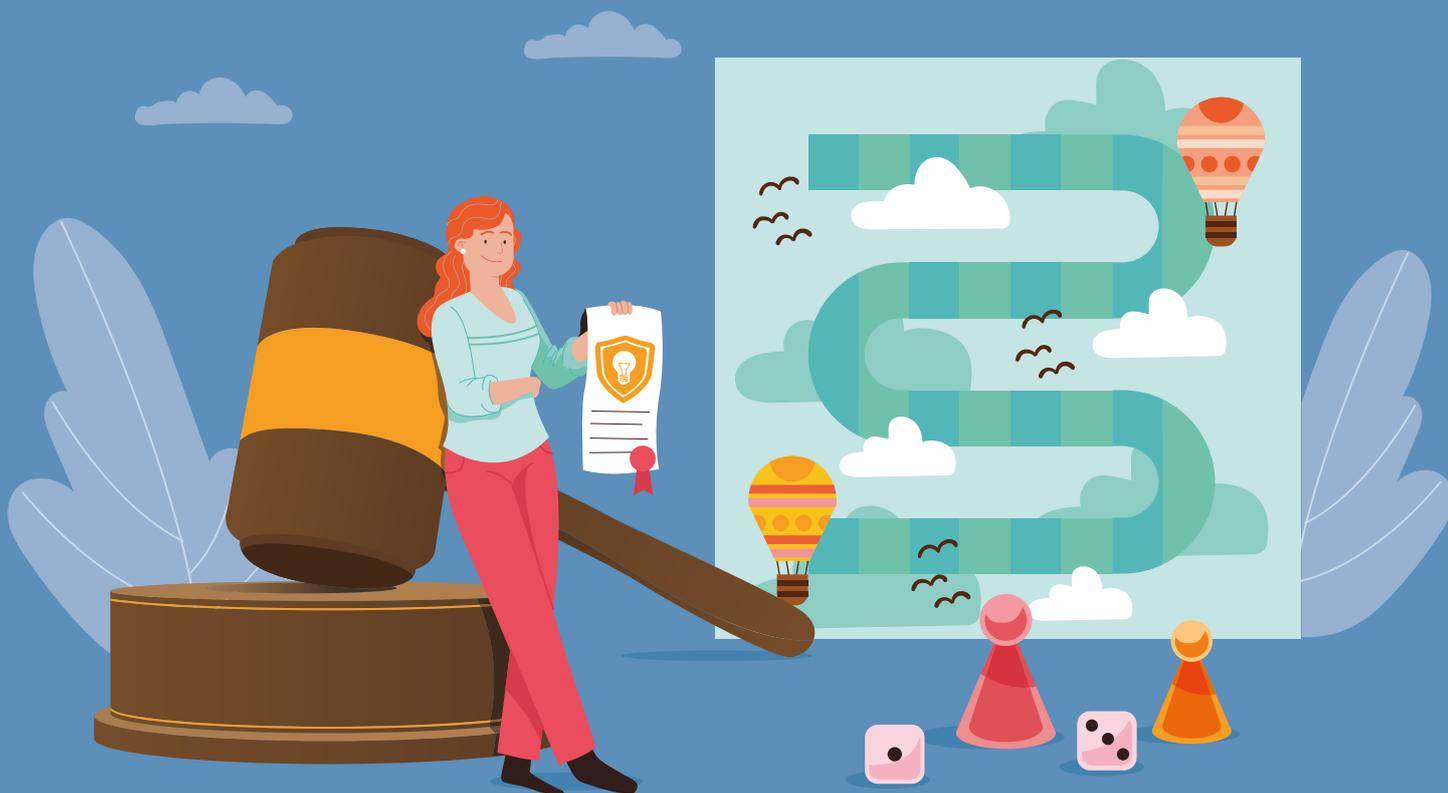
ется, что часть созданного авторами текстового произведения, которое они озаглавили «Виртуальный подъем вверх с привязкой к местности, указанной на интерактивной карте», является изложенной в письменном виде идеей и не подлежит в связи с этим правовой охране с позиций авторского права. Однако в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 16 января 2018 г. N C01-929/2017 по делу N A40-207329/2015⁷ встречается противоположная позиция, состоящая в том, что концепции и методики не считаются объектами авторского права, в отличие от их описания, которое может быть признано таковым. Несмотря на то, что возможность охраны самих правил игры законодательством об авторском праве не предусмотрена, разработчики настольных игр могут предупредить нелегальное копирование ряда своих существенных творческих решений, связанных с оригинальностью дизайна упаковки или художественным оформлением правил, посредством имеющихся механизмов защиты, а также, поменяв внешние аспекты и переформулировав правила уже существующих настольных игр, выступить в качестве создателя новой настольной игры и заявить свои права на неё. Судебная практика знает немало количество примеров, доказывающих существование реальной возможности защиты авторских прав на настольную игру, которая была создана путем внесения незначительных корректировок в художественное оформление и комплектацию другой настольной игры при неизменности основных игровых характеристик. Так, в 2019 году Верховный суд Российской Федерации, признав в определении от 10 июня 2019 года N° 305-ЭС19-10291⁸ доводы двух французских компаний-заявителей «Libellud» (издатель настольной игры «Dixit») и «Asmodee Group» (компания-дистрибьютор, осуществляющая поставку этой настольной игры на мировой рынок) недостаточным основанием для пересмотра судебных актов в кассационном порядке, подтвердил тем самым отказ в удовлетворении иска четырьмя российскими фирмам (ООО «Лунапарк», ООО «Кос-

модром», ООО «Мосигра» и ООО «Группа компаний «Оригами») о запрете осуществлять изготовление и продажу настольной игры «Имаджинариум». Ранее заявители обращались с иском в Арбитражный суд Москвы с требованиями признать действия российских компаний недобросовестной конкуренцией, обосновывая свои претензии тем, что в 2010–2011 годах на фоне коммерческого успеха созданной во Франции в 2008 году настольной игры «Dixit» в России начался выпуск игры «Имаджинариум», нелегального аналога, который фактически являлся копией знаменитой игры «Dixit», повторял многие особенности игрового процесса, в том числе суть правил, основанных на поиске игроками фантазийных ассоциаций. Однако создатели «Имаджинариума» в свою очередь основывались на мнении, согласно которому получить правовую защиту концепции и идеи настольной игры по российскому законодательству не представляется возможным. В своем решении от 28 августа 2018 года N° A40-176122/17-51-1615⁹ Арбитражный суд Москвы указал на факт отсутствия между сторонами конкурентных отношений, так как в качестве истцов по делу выступают иностранные компании, не участвующие в гражданском обороте на территории Российской Федерации. Что касается вопроса о схожести игровых элементов двух настольных игр, суд, исходя из визуального анализа игры, не нашел в рассматриваемых товарах признаков идентичности. Приведенный пример иллюстрирует реализацию законодательного запрета на правовую охрану правил, концепций, идей игры посредством авторского права: даже если факт использования идеи ответчиком доказан и не отрицается, это не является нарушением авторского права, так как понятия «копирование» и «имитация» имеют отношение только к внешнему виду товара. В гражданско-правовой науке существует множество точек зрения по проблеме защиты интересов создателей идей и концепций. В частности, Л.Ф. Савчук в одной из своих научных работ высказывалась в пользу защиты единства формы и содержания произведе-

⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 января 2018 г. N° C01 929/2017 по делу N A40-207329/2015 // base.garant.ru URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71756034/> (дата обращения: 03.02.2021).

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 10.06.2019 N 305-ЭС19-10291 по делу N A40-176122/17 // legalacts.ru URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-10062019-n-305-es19-10291-po-delu-n-a40-17612217/> (дата обращения: 03.02.2021).

⁹ Решение Арбитражного суда города Москвы от 28.08.2018 по делу N A40-176122/17 // sudact.ru URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/iEWekDV5306/> (дата обращения: 03.02.2021).



СУЩЕСТВУЮТ ТАКИЕ ПРОДУКТЫ ТВОРЧЕСКОГО ТРУДА, ЗАЩИТА ФОРМЫ КОТОРЫХ ИМЕЕТ СТОЛЬ ЖЕ ВЫСОКОЕ ЗНАЧЕНИЕ, КАК И ЗАЩИТА СОДЕРЖАНИЯ. К ЧИСЛУ ТАКОВЫХ МОГУТ БЫТЬ ОТНЕСЕНЫ СТРЕМИТЕЛЬНО НАБИРАЮЩИЕ В ПОСЛЕДНЕЕ ВРЕМЯ ПОПУЛЯРНОСТЬ БИЗНЕС-ИДЕИ, НАЦЕЛЕННЫЕ НА ПОЛУЧЕНИЕ ПОЛОЖИТЕЛЬНОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО ЭФФЕКТА, ИЛИ ЖЕ РАССМАТРИВАЕМЫЕ В НАСТОЯЩЕЙ СТАТЬЕ НАСТОЛЬНЫЕ ИГРЫ

ния, его идейного характера, а также охраны идей не только от их искаженной интерпретации, но и от присвоения другими лицами¹⁰. Другие ученые отмечают, что значимость существования законодательно закрепленной нормы о недопустимости охраны идей посредством авторского права кроется в необходимости соблюдения баланса интересов общества и создателей произведений: если предоставить авторам исключительные права на идеи, то это приведет к неоправданному ограничению свободы творчества и, как следствие, к ущемлению прав других людей, интересы которых состоят в возможности доступа к произведению¹¹. Уравновешивание интересов авторов и пользователей,

согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, выраженной в Определении от 02.07. 2015 N 1539-О¹², обеспечивает возможности для гармоничного развития личности. Кроме того, одна и та же идея может найти свое воплощение в огромном количестве творческих оригинальных самостоятельных произведений, созданных разными авторами независимо друг от друга. Анализ различных точек зрения специалистов в области охраны интеллектуальной собственности позволяет приблизиться к ответу на вопрос о необходимости охраны идей авторским правом. В первую очередь, наиболее справедливым подходом представляется определение

¹⁰ Савчук Л. Ф. Охрана авторским правом идеи художественного произведения // Юридические науки. - М.: Спутник+, 2011, № 2 (48). с.40

¹¹ Пьянкова А. Ф. Обеспечение баланса интересов в гражданско-правовых договорах: монография / А.Ф. Пьянкова; Перм. гос. нац. исслед. ун-т. – Пермь, 2014. с.74-75

¹² Определение Конституционного Суда РФ от 2 июля 2015 г. № 1539-О "По запросу Суда по интеллектуальным правам о проверке конституционности части 7 статьи 7 Федерального

закона от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и пункта 1 статьи 4 Гражданского кодекса Российской Федерации" // garant.ru URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71033586/> (дата обращения: 03.02.2021).

ЕСЛИ ПРЕНЕБРЕЧЬ ВОЗМОЖНОСТЬЮ ЗАРЕГИСТРИРОВАТЬ ТОВАРНЫЙ ЗНАК В УСТАНОВЛЕННОМ ЗАКОНОМ ПОРЯДКЕ, ЕСТЬ РИСК СТОЛКНУТЬСЯ С ДЕЙСТВИЯМИ НЕДОБРОСОВЕСТНЫХ КОНКУРЕНТОВ, КОТОРЫЕ МОГУТ ВЫПУСТИТЬ ИГРУ С ПОХОЖИМ НАЗВАНИЕМ И ПОСТАВИТЬ ТЕМ САМЫМ ПОД СОМНЕНИЕ УНИКАЛЬНОСТЬ БРЕНДА НАСТОЯЩЕГО РАЗРАБОТЧИКА НАСТОЛЬНОЙ ИГРЫ. АКТИВНО РАЗВИВАЮЩАЯСЯ РЫНОЧНАЯ ЭКОНОМИКА ТРЕБУЕТ ОТ ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ СОЗДАНИЯ ОРИГИНАЛЬНОЙ ПРОДУКЦИИ, СРЕДСТВОМ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО ВНИМАНИЯ К КОТОРОЙ МОЖЕТ ПОСЛУЖИТЬ ТОВАРНЫЙ ЗНАК

вида результата интеллектуальной деятельности. Рассматривая художественное литературное творение, ценность которого состоит именно в оригинальности формы выражения, следует признать, что факт заимствования определенного сюжета у другого автора не умаляет достоинств всего произведения в целом¹³. Однако существуют такие продукты творческого труда, защита формы которых имеет столь же высокое значение, как и защита содержания. К числу таковых могут быть отнесены стремительно набирающие в последнее время популярность бизнес-идеи, нацеленные на получение положительного экономического эффекта, или же рассматриваемые в настоящей статье настольные игры. Следует указать также на отсутствие законодательного определения понятий «произведение» и «результат интеллектуальной деятельности», что значительно усложняет процесс определения подлежащего защите результата творческого труда. Дальнейшее всестороннее изу-

чение вопроса о важности отнесения созданных творческим трудом человека и выраженных в объективной форме идей к объектам авторского права способно повлечь за собой законодательное закрепление такой возможности.

Права интеллектуальной собственности распространяются как на результаты интеллектуальной деятельности, так и на средства индивидуализации товаров, услуг, предприятий, организаций и других объектов в сфере хозяйственного оборота. Существует возможность защиты названия, логотипа и героев настольной игры посредством их регистрации как товарных знаков. Товарный знак – охраняемое законом обозначение, служащее для индивидуализации определенного товара (п.1. ст.1477 ГК РФ). Возникновение исключительных прав на товарный знак возможно только после его регистрации в Федеральной службе по интеллектуальной собственности. Значимым правовым последствием регистрации исключительных прав на товарный знак выступает запрет для других лиц продавать настольную игру под тем же названием, с использованием тех же логотипов и героев. За незаконное использование товарного знака предусмотрена гражданско-правовая (ст.1515 ГК РФ), административная (ст. 14.10. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 №195-ФЗ (ред. от 30.12.2020))¹⁴ и уголовная ответственность (ст.180 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 №63-ФЗ (ред. от 30.12.2020))¹⁵. Создатели настольных игр должны быть заинтересованы в регистрации логотипа, названия, персонажей своей игры как товарных знаков, поскольку это способно послужить дополнительной гарантией их защиты от использования другими лицами без согласия правообладателя. Если пренебречь возможностью зарегистрировать товарный знак в установленном законом порядке, есть риск столкнуться с действиями недобросовестных конкурентов, которые могут выпустить игру с похожим названием и поставить тем самым под сомнение уникальность бренда настоящего разработчика настольной игры. Ак-

¹³ Алексеева Д.А., Данилов В.Н. Проблема плагиата в контексте академической этики // *Философия науки и техники*. 2020. №1. с.54

¹⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // *Собрание законодательства Российской Федерации*. 2002 г. № 1 (ч.1). Ст. 1 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020

¹⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // *Собрание законодательства Российской Федерации*. 1996 г. № 25. Ст. 2954 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020

тивно развивающаяся рыночная экономика требует от производителей создания оригинальной продукции, средством привлечения потребительского внимания к которой может послужить товарный знак. Возвращаясь к ранее упомянутой в настоящей статье настольной игре «Монополия», следует назвать в качестве одной из причин ее популярности наличие символа игры – господина Монополию (Богатого Дядю Толстосума), образ которого довольно быстро стал частью современной культуры¹⁶.

Наибольший интерес представляют особенности защиты прав на настольные игры с позиции патентного права. Патентное право – институт гражданского права, связанный с правоотношениями в области создания и использования изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, то есть тех объектов интеллектуальной собственности, которые охраняются патентом – специальным охранным документом, подтверждающим исключительное право на определенный результат интеллектуальной деятельности¹⁷. Необходимость патентования настольных игр обусловлена экономической целесообразностью, а именно возможностью создать действительно качественный уникальный товар и защитить его от недобросовестных конкурентов. Проблема допустимости получения патента на настольную игру заключается в принципиальной непатентоспособности игры как изобретения (пп.4. п.5. ст.1350 ГК РФ) – определенного технического решения, в качестве основных признаков которого законодатель называет новизну, то есть неизвестность из уровня техники, изобретательский уровень и промышленную применимость (п.1 ст.1350 ГК РФ). Отсутствие у настольной игры признаков, отвечающих условиям патентоспособности, повлечет за собой отказ Федеральной службы по интеллектуальной собственности в выдаче патента заявителю. Однако, несмотря на существование нормативного положения, запрещающего патентование настольных игр, у создателей имеется возможность получить патент на результат своего интеллектуального труда с соблюдением ряда осо-

бенностей. Исключение возможности отнесения настольных игр к изобретениям имеет место только в случае, если заявка на выдачу патента на изобретение касается настольной игры как таковой¹⁸. Следует отметить, что механизм взаимодействия игроков с настольной игрой может как предполагать использование в игровом процессе определенного устройства, материального объекта, так и не подразумевать такового. Дифференциация настольных игр по критерию наличия необходимого для игры устройства позволяет выбрать способ их патентования. Возможность ознакомления с уже зарегистрированными в Российской Федерации патентами предусмотрена на сайте Федерального института промышленной собственности в открытом реестре изобретений¹⁹. Поиск может быть осуществлен по параметрам номера регистрации, даты публикации и индекса международной патентной квалификации (далее – МПК), выступающей в качестве единообразного мирового способа систематизации патентных документов. Каждый патент, зарегистрированный в государстве-участнике Страсбургского соглашения о международной патентной классификации (подписанного в Страсбурге, Франция 24 марта 1971 года)²⁰, должен иметь один или несколько классификационных индексов МПК с указанием технической области, к которой относится изобретение. Это необходимо для того, чтобы у изобретателей, рационализаторов и других лиц, занимающихся применением или созданием техники, была возможность осуществить патентный поиск и выяснить, является ли изобретение новым техническим решением. МПК состоит из 8 разделов, каждый из которых представляет собой самый высокий уровень иерархии и разбивается на классы, в свою очередь содержащие подклассы и группы. Настольные игры относятся к категории А63F (раздел «А» – удовлетворение жизненных потребностей человека; класс «А63» – спорт; игры; массовые развлечения; подкласс «А63F» – карточные игры, игры на досках, игры типа рулетки; комнатные игры с небольшими движущимися игральными предметами; игры, не отнесенные

¹⁶ Талисман игры Монополия: богатый дядя Толстосум // moneypoly.ru URL: <http://moneypoly.ru/interesting/rich-uncle-pennybags.htm> (дата обращения: 20.11.2020).

¹⁷ Право интеллектуальной собственности: Учебник / О.Л. Алексеева, А.С. Ворожевич, О.С. Гринь и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2019. Т. 4: Патентное право. с.5

¹⁸ Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности в 2 ч. Часть 1: учебник для академического бакалавриата. 10-е изд. М.: Юрайт, 2019. с.121

¹⁹ Реестр изобретений Российской Федерации // fips.ru URL: <https://fips.ru/registers/web/acton?acName=clickRegister®Name=RUPAT> (дата обращения: 20.11.2020).

²⁰ Страсбургское Соглашение о Международной патентной классификации // docs.cntd.ru URL: <http://docs.cntd.ru/document/1900525> (дата обращения: 04.02.2021).

к другим рубрикам)²¹. Указав в качестве индекса международной патентной классификации в открытом реестре изобретений А63F, можно найти примеры зарегистрированных патентов на настольные игры. В подавляющем большинстве рассмотренных вариантов настольная игра оканчивается зарегистрированной как устройство, комплект или набор игровых элементов. В описании изобретения создатели объясняют, что представляет собой настольная игра, в чем состоит её сущность, какой технический результат может быть достигнут в процессе ее использования, доказывая тем самым право настольной игры называться техническим решением и обосновывая ее способность приводить к возникновению определенного эффекта, явления или свойства. При этом правила игры, которые не могут быть запатентованы согласно пп.4. п.5. ст.1350 ГК РФ, становятся лишь средством взаимодействия игрока с изобретением, то есть с игровым устройством, поэтому нарушения действующего законодательства в подобных случаях не усматривается. Так, патент «Набор игровых элементов для настольных игр», зарегистрированный под номером 2435623, включает в себя формулу изобретения, в которой приводится описание устройства и способа взаимодействия игрока с ним²². Многообразие существующих настольных игр порождает необходимость задаться вопросом о возможности патентования тех видов игр, которые являются словесными, ролевыми, не предполагающими обязательного использования в игровом процессе какого-либо устройства, материального объекта. Такие игры, пусть и не требующие наличия игрового поля, комплекта или набора, направлены на формирование у игрока какого-либо навыка. Международная патентная классификация относит игры с такими особенностями к другой категории – G09B (раздел «G» – физика; класс «G09» – средства обучения; тайнопись; дисплеи; рекламное и выставочное дело; печати и опеча-

НЕСМОТРЯ НА СУЩЕСТВОВАНИЕ НОРМАТИВНОГО ПОЛОЖЕНИЯ, ЗАПРЕЩАЮЩЕГО ПАТЕНТОВАНИЕ НАСТОЛЬНЫХ ИГР, У СОЗДАТЕЛЕЙ ИМЕЕТСЯ ВОЗМОЖНОСТЬ ПОЛУЧИТЬ ПАТЕНТ НА РЕЗУЛЬТАТ СВОЕГО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОГО ТРУДА С СОБЛЮДЕНИЕМ РЯДА ОСОБЕННОСТЕЙ. ИСКЛЮЧЕНИЕ ВОЗМОЖНОСТИ ОТНЕСЕНИЯ НАСТОЛЬНЫХ ИГР К ИЗОБРЕТЕНИЯМ ИМЕЕТ МЕСТО ТОЛЬКО В СЛУЧАЕ, ЕСЛИ ЗАЯВКА НА ВЫДАЧУ ПАТЕНТА НА ИЗОБРЕТЕНИЕ КАСАЕТСЯ НАСТОЛЬНОЙ ИГРЫ КАК ТАКОВОЙ

тывание; подкласс «G09B» – учебные и наглядные пособия для обучения или общения со слепыми, глухими или немymi; макеты; планетарии; глобусы; карты; диаграммы)²³. В описательной части заявки на получение патента создатель настольной игры обосновывает возможность ее отнесения к средствам и приемам развития интеллектуальных, творческих, координационных и других способностей человека, объясняет, какой технический результат может быть достигнут, доказывает, что созданная им игра не имеет аналогов. Например, защите может подлежать определенная образовательная разработка, направленная на совершенствование образовательного процесса: патент «Обучающая игра по русскому языку», зарегистрированный под номером 2142650²⁴, патент 2179745 на изобретение «Способ изучения текстового учебного материала посредством игры»²⁵, патент 2148275 «Способ обучения скоростной стрельбе спортсмена-стрелка»²⁶.

Настольные игры действительно являются обычным объектом патентования и авторского

²¹ Карточные игры, игры на досках, игры типа рулетки; комнатные игры с небольшими движущимися игральными предметами; игры, не отнесенные к другим рубрикам – А63F // freepatent.ru URL: <http://www.freepatent.ru/MPK/A/A63/A63F> (дата обращения: 04.02.2021).

²² Набор игровых элементов для настольных игр // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2435623C2_20111210 (дата обращения: 04.02.2021).

²³ Средства обучения; тайнопись; дисплеи; рекламное и выставочное дело; печати и опечатывание // freepatent.ru URL: <http://www.freepatent.ru/MPK/G/G09> (дата обращения: 04.02.2021).

²⁴ Обучающая игра по русскому языку // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2142650C1_19991210 (дата обращения: 04.02.2021).

²⁵ Способ изучения текстового учебного материала посредством игры // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2179745C1_20020220 (дата обращения: 04.02.2021).

²⁶ Способ обучения скоростной стрельбе спортсмена-стрелка // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2148275C1_20000427 (дата обращения: 04.02.2021).

права, могут представлять собой как игровые комплекты, состоящие из множества элементов, так и совокупность способов, методов и средств обучения, направленных на формирование или развитие определенных навыков. Из-за довольно сложного порядка патентования объектов промышленной собственности и доказывания существования авторских прав возникает проблема редкого практического применения разработчиками игр правовых норм об интеллектуальной собственности в целях защиты результата своего труда, что в значительной мере препятствует развитию добросовестной кон-

курсии в уникальности игровых механик и приводит к насыщению рынка настольных игр копиями, вариациями и прототипами какой-либо одной известной игры²⁷. Представленный в настоящей статье анализ специфики правовой охраны настольных игр как результатов интеллектуальной деятельности может стать основой для дальнейших теоретических исследований в сфере прав интеллектуальной собственности, а также послужить своеобразной инструкцией для разработчиков настольных игр, стремящихся защитить свой товар от незаконного копирования и использования.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Гражданское право: учебник: в 2 т. / С.С. Алексеев, О.Г. Алексеева, К.П. Беляев и др.; под ред. Б.М. Гонгало. 3-е изд. – М.: Статут, 2018. Т. 1. – 326 с.
2. Российское гражданское право: Учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2010. – 958 с.
3. Каминская Е.И. Авторские права как права человека // Журнал российского права. 2014. №10. – с. 66-71.
4. Смирнов Д.М. О современных проблемах авторского права в Российской Федерации // Вестник Челябинской государственной академии культуры и искусств. 2015. №1(41). – с. 38-45.
5. Савчук Л.Ф. Охрана авторским правом идеи художественного произведения // Юридические науки. – М.: Спутник+, 2011, № 2 (48). – с. 39-41.
6. Пьянкова А. Ф. Обеспечение баланса интересов в гражданско-правовых договорах: монография / А.Ф. Пьянкова; Перм. гос. нац. исслед. ун-т. – Пермь, 2014. – 244 с.
7. Алексеева Д.А., Данилов В.Н. Проблема плагиата в контексте академической этики // Философия науки и техники. 2020. №1. – с. 52-64.
8. Право интеллектуальной собственности: Учебник / О.Л. Алексеева, А.С. Ворожевич, О.С. Гринь и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2019. Т. 4: Патентное право. – 431 с.
9. Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности в 2 ч. Часть 1: учебник для академического бакалавриата. 10-е изд. М.: Юрайт, 2019. – 318 с.

Нормативно-правовые акты:

10. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): федер. закон от 18 декабря

2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006 г. № 52 (1 ч.). ст. 5496 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020

11. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: федер. закон от 30 декабря 2001 г. № N 195-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002 г. № 1 (ч.1). ст. 1 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020
12. Уголовный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 13 июня 1996 г. № N 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996 г. № 25. ст. 2954 с изм. и допол. в ред. от 30.12.2020

Судебная практика:

13. Определение Конституционного Суда РФ от 2 июля 2015 г. № 1539-О “По запросу Суда по интеллектуальным правам о проверке конституционности части 7 статьи 7 Федерального закона от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и пункта 1 статьи 4 Гражданского кодекса Российской Федерации” // garant.ru URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71033586/> (дата обращения: 03.02.2021).
14. Определение Верховного Суда РФ от 10.06.2019 N 305-ЭС19-10291 по делу N A40-176122/17 // legalacts.ru URL: <https://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-10062019-n-305-es19-10291-po-delu-n-a40-17612217/> (дата обращения: 03.02.2021).
15. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 января 2018 г. № C01 929/2017 по делу N A40-207329/2015 // base.garant.ru URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71756034/> (дата обращения: 03.02.2021).
16. Решение Арбитражного суда города Москвы от 28.08.2018 по делу N A40-176122/17 //

²⁷ Патентование компьютерных и настольных игр // krivcov.ru URL: <https://krivcov.ru/patentovanie-kompyuternyh-i-nastolnyh-igr.html> (дата обращения: 20.11.2020).

- sudact.ru URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/iEWeKDV53O6J/> (дата обращения: 03.02.2021).
17. Апелляционное определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 12 июля 2017 г. по делу N 33-26559/2017 // base.garant.ru URL: <https://base.garant.ru/149141757/> (дата обращения: 03.02.2021).
 - Электронные ресурсы:**
 18. Талисман игры Монополия: богатый дядя Толстосум // moneypoly.ru URL: <http://moneypoly.ru/interesting/rich-uncle-pennybags.htm> (дата обращения: 20.11.2020).
 19. Реестр изобретений Российской Федерации // fips.ru URL: https://fips.ru/registers_web/action?acName=clickRegister®Name=RUPAT (дата обращения: 20.11.2020).
 20. Страсбургское Соглашение о Международной патентной классификации // docs.cntd.ru URL: <http://docs.cntd.ru/document/1900525> (дата обращения: 04.02.2021).
 21. Карточные игры, игры на досках, игры типа рулетки; комнатные игры с небольшими движущимися игральными предметами; игры, не отнесенные к другим рубрикам – А63F // freepatent.ru URL: <http://www.freepatent.ru/MPK/A/A63/A63F> (дата обращения: 04.02.2021).
 22. Набор игровых элементов для настольных игр // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2435623C2_20111210 (дата обращения: 04.02.2021).
 23. Средства обучения; тайнопись; дисплеи; рекламное и выставочное дело; печати и опечатывание // freepatent.ru URL: <http://www.freepatent.ru/MPK/G/G09> (дата обращения: 04.02.2021).
 24. Обучающая игра по русскому языку // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2142650C1_19991210 (дата обращения: 04.02.2021).
 25. Способ изучения текстового учебного материала посредством игры // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2179745C1_20020220 (дата обращения: 04.02.2021).
 26. Способ обучения скоростной стрельбе спортсмена-стрелка // yandex.ru URL: https://yandex.ru/patents/doc/RU2148275C1_20000427 (дата обращения: 04.02.2021).
 27. Патентование компьютерных и настольных игр // krivcov.ru URL: <https://krivcov.ru/patentovanie-kompjuternyh-i-nastolnyh-igr.html> (дата обращения: 20.11.2020).



УДК 347.78



**Тонких Фёдор Петрович
(fedor.tonkikh.0@gmail.com)**

студент 2-го курса бакалавриата
юридического факультета
им. М.М. Сперанского
Института Права и
Национальной Безопасности
РАНХиГС при Президенте РФ
Tonkikh Fedor Petrovich
2nd -year student of bachelor
program Sperasky's Faculty of Law
Institute of Law and
National Security
RANEPA

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. Speransky Institute of Law and National
Security Russian Presidential Academy of
National Economy and Public Administration

СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕПОДАЧУ ЗАЯВЛЕНИЯ О ПРИЗНАНИИ ДОЛЖНИКА БАНКРОТОМ

SUBSIDIARY RESPONSIBILITY FOR REFUSING TO SEND AN APPLICATION FOR DECLARING THE DEBTOR A BANKRUPT

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются значимые вопросы правового регулирования субсидиарной ответственности за неподачу заявления о признании должника банкротом. Определяется круг лиц, которые могут быть привлечены к ответственности. Раскрываются признаки имущественного кризиса общества, механизм определения признаков объективного банкротства. Рассмотрены условия освобождения добросовестного руководителя от ответственности. Сформулированы рекомендации, которые при наступлении банкротства помогут руководителю должника усилить доказательственную базу для освобождения от субсидиарной ответственности.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: субсидиарная ответственность, заявление о признании должника банкротом, контролирующие должника лица, имущественный кризис общества, неплатежеспособность, недостаточность имущества, объективное банкротство.

ANNOTATION: The article deals with significant issues of legal regulation of subsidiary liability for failure to submit an application for declaring a debtor bankrupt. The circle of persons who can be brought to justice is determined. The article reveals the signs of the company's property crisis, the mechanism for determining the signs of objective bankruptcy. The conditions for releasing a Manager from responsibility are considered. Recommendations which, in the event of bankruptcy, will help the debtor's Manager to strengthen the evidence base for exemption from subsidiary liability are formulated.

KEYWORDS: subsidiary liability, application for declaring the debtor bankrupt, controlling persons of the debtor, company's property crisis, insolvency, insufficient property, objective bankruptcy.

Статья 61.12 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает, что одним из оснований привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц является неисполнение обязанности по подаче заявления о банкротстве должника в арбитражный суд в случаях и в срок, предусмотренных Законом. В настоящей статье подробно рассмотрено понятие контролирующего должника лица, основания его привлечения к субсидиарной ответственности за неподачу заявления, а также условия освобождения от ответственности.

Прежде всего необходимо раскрыть суть данного основания привлечения к субсидиарной ответственности. Контролирующие должника лица обладают неограниченным правом доступа к информации о финансовом состоянии общества, а также определяют ключевые направления деятельности юридического лица. Поэтому добросовестный руководитель имеет право и обязуется определить момент наступления объективного банкротства должника и обратиться в арбитражный суд с заявлением. Если контролирующие должника лица действуют недобросовестно и не выполняют требования Закона о банкротстве, то

ВАЖНО ТАКЖЕ ОТМЕТИТЬ, ЧТО СУД ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ДОЛЖНИКА ЛИЦ РУКОВОДСТВУЕТСЯ, ПРЕЖДЕ ВСЕГО, ФАКТИЧЕСКИМ, А НЕ ФОРМАЛЬНЫМ КРИТЕРИЕМ. ТО ЕСТЬ КЛЮЧЕВЫМ ПРИ УСТАНОВЛЕНИИ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ ДОЛЖНИКА ЯВЛЯЕТСЯ НЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВО ЮРИДИЧЕСКИХ ПРИЗНАКОВ ЕГО АФФИЛИРОВАННОСТИ С ОБЩЕСТВОМ, А ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФАКТИЧЕСКОГО ВЛИЯНИЯ НА ДОЛЖНИКА И ЕГО ДЕЙСТВИЯ

применяются правовые механизмы, обеспечивающие защиту прав кредиторов, не осведомленных по вине руководителя о возникшей несостоятельности. Одним из таких механизмов является возложение на руководителя субсидиарной ответственности по новым обязательствам при недостаточности конкурсной массы. В таком случае имеет место наличие причинно-следственной связи между обманом кредиторов со стороны контролирующих должника лиц в виде намеренного умолчания о возникновении признаков несостоятельности, о которых он должен был публично сообщить в силу Закона, подав заявление о банкротстве, и негативными последствиями для введённых в заблуждение контрагентов¹.

В предмет доказывания по спорам о привлечении руководителей к субсидиарной ответственности за неподачу заявления входит установление следующих обстоятельств:

- возникновение одного из условий, перечисленных в п. 1 ст. 9 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»;
- момент возникновения данного условия;

- факт неподачи руководителем в суд заявления о банкротстве должника в течение месяца со дня возникновения соответствующего условия².

Подробнее остановимся на каждом из данных обстоятельств.

Зачастую на практике одной из важнейших проблем, возникающих в деле о банкротстве юридического лица, является определение круга лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности за неподачу заявления о несостоятельности. По Закону о банкротстве контролирующим должника лицом может быть физическое или юридическое лицо, имеющее не более чем за 3 года, предшествующих возникновению признаков несостоятельности, а также после их возникновения до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом возможность определять действия должника. Применительно к субсидиарной ответственности за неподачу заявления о несостоятельности им является лицо, на которое «возложена обязанность по созыву заседания для принятия решения о подаче заявления должника в арбитражный суд, и (или) принятию такого решения, и (или) подаче данного заявления в арбитражный суд»³. Следовательно, этим лицом может быть не только единоличный исполнительный орган общества, но и иные лица, у которых, согласно уставу, есть полномочия на одобрение подачи заявления о банкротстве.

Важно также отметить, что суд при определении контролирующих должника лиц руководствуется, прежде всего, фактическим, а не формальным критерием. То есть ключевым при установлении контролирующих лиц должника является не доказательство юридических признаков его аффилированности с обществом, а определение фактического влияния на должника и его действия⁴. В связи с этим важным является вопрос разграничения ответственности номинального и фактического руководителя хозяйственного общества. На практике частой бывает ситуация, когда лицо, формально занимающее должность генерального

¹ Определение Арбитражного суда города Москвы от 22.08.2017 по делу А40-155759/2017 // URL: <https://kad.arbitr.ru/> (дата обращения 10.11.2020 г.)

² Определение ВС РФ от 31.03.2016 N 309-ЭС15-16713 // «Банкротство в практике Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: энциклопедия правовых позиций за 2014 - 2018 гг.» (выпуск 2) (Суворов Е.Д.) («Статус», 2019)

³ Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 N 127-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. №43

⁴ Проблемы правовой регламентации субсидиарной ответственности и деликтной ответственности контролирующих должника лиц в процессе несостоятельности (банкротства) // Крупенич Е.А. Вопросы студенческой науки. Выпуск №5 (45), май 2020

как минимум одного текущего кредитора, перед которым хозяйственное общество не способно в должной мере исполнять обязательства. В такой ситуации недобросовестный руководитель, обладая полномочиями и возможностями для принятия решений, направленных на преодоление возникшей неплатежеспособности и дальнейшее удовлетворение требований кредиторов, не осуществляет надлежащих действий, а напротив, идет на заключение новых обязательств. Новый кредитор вводится в заблуждение руководителем должника, который предоставляет недостоверную информацию о финансовом состоянии общества. С момента появления обязательств перед новым кредитором у суда появляются основания для привлечения контролирующего должника лица к субсидиарной ответственности.

Перейдем к определению обстоятельств, при наличии которых руководитель должника обязан обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании несостоятельности лица. Часть 1 статьи 9 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

выделяет три ключевых положения:

- а) неплатежеспособность;
- б) недостаточность имущества;
- в) объективное банкротство.

Все их можно объединить в понятие «признаки имущественного кризиса хозяйственного общества».

Неплатежеспособность определяется как прекращение исполнения обязательств из-за недостаточности имущества. Одним из основных приемов анализа платежеспособности предприятия является оценка ликвидности бухгалтерского баланса. Она определяется как степень покры-

тия обязательств предприятия его активами, срок превращения в денежную форму которых соответствует сроку погашения обязательств. Другими словами, ликвидность отражает, в течение какого срока общество способно реализовать свои активы, направив их на погашение обязательств перед кредиторами.

Выделяют абсолютную и текущую ликвидность. Первая говорит о возможности общества реализовать активы немедленно, вторая же – в течение

одного года. Анализ ликвидности баланса осуществляется путем сравнения средств по активу, сгруппированных по степени их ликвидности и расположенных в порядке ее убывания, с обязательствами по пассиву, объединенных по срокам их погашения в порядке возрастания сроков.

Кроме того, следует отметить, что для определения признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества правовое значение имеет совокупный объем возникших долговых обязательств, а не их структура. Иначе говоря, для определения признака неплатежеспособности не имеет значения тот факт, что обязательства,

которые не могут быть исполнены, относятся к обязательствам, по которым нельзя подать заявление о признании должника несостоятельным. В данном случае важно учитывать сумму всех неисполненных обязательств⁹. Также важно отметить, что дата образования неплатежеспособности устанавливается только судом. Она не может определяться экспертом в рамках судебной экспертизы¹⁰.

Следующим признаком имущественного кризиса является недостаточность имущества. Она возникает в условиях, когда совокупный размер денежных обязательств должника превышает реальную стоимость его активов. При этом недо-

**ОДНИМ ИЗ ОСНОВНЫХ
ПРИЕМОВ АНАЛИЗА
ПЛАТЕЖЕСПОСОБНОСТИ
ПРЕДПРИЯТИЯ ЯВЛЯЕТСЯ
ОЦЕНКА ЛИКВИДНОСТИ
БУХГАЛТЕРСКОГО БАЛАНСА.
ОНА ОПРЕДЕЛЯЕТСЯ КАК
СТЕПЕНЬ ПОКРЫТИЯ
ОБЯЗАТЕЛЬСТВ
ПРЕДПРИЯТИЯ ЕГО
АКТИВАМИ, СРОК
ПРЕВРАЩЕНИЯ В ДЕНЕЖНУЮ
ФОРМУ КОТОРЫХ
СООТВЕТСТВУЕТ СРОКУ
ПОГАШЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**

⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20.07.2017 N 309-ЭС17-1801 по делу N А50-5458/2015 // URL: <https://legalacts.ru/> (дата обращения: 10.11.2020 г.)

¹⁰ Определение ВС РФ от 28.09.20 № 310-ЭС20-7837 // Банкротство в практике Верховного Суда Российской Федерации за сентябрь 2020, «Статус», 2020

статочность имущества не может определяться по данным бухгалтерской задолженности по следующим причинам:

- она отражает лишь общие сведения об активах и пассивах применительно к определенному отчетному периоду;
- в составе пассивов (кредиторской задолженности) отражаются как денежные, так и неденежные обязательства;
- обязательства по договорам залога и поручительства отражаются на забалансовых счетах¹¹.

Неплатежеспособность и недостаточность имущества в совокупности приводят к наступлению объективного банкротства – невозможности удовлетворения требования кредиторов из-за превышения совокупного размера обязательств над реальной стоимостью активов.

Для определения момента объективного банкротства фактически необходимо определить стоимость чистых активов компании, но с определенными особенностями.

Стоимость чистых активов определяется как разность между величиной принимаемых к расчету активов организации и величиной принимаемых к расчету обязательств организации. При этом объекты бухгалтерского учета, учитываемые организацией на забалансовых счетах, при определении стоимости чистых активов к расчету не принимаются¹².

Принимаемые к расчету активы включают все активы организации, за исключением дебиторской задолженности учредителей. Принимаемые к расчету обязательства включают все обязательства организации, за исключением доходов будущих периодов. Размер чистых активов как разница между стоимостью активов и размером обязательств дает реальное представление о финансовом положении компании в то или иное время.

Следовательно, для установления признаков объективного банкротства необходимо определить стоимость активов компании, за исключением

дебиторской задолженности участников общества, и вычесть из нее совокупный размер кредиторской задолженности, долгосрочных и краткосрочных займов. Если результат получился положительный, то объективного банкротства лица нет. Если же результат отрицательный, то, значит, момент объективного банкротства компании уже наступил.

Именно с момента наступления объективного банкротства общества наступает фактическая обязанность контролирующих должника лиц обращаться в арбитражный суд с заявлением¹³. Руководитель должен это сделать в течение одного месяца. Для учредителей и акционеров компании установлены следующие сроки подачи заявления о банкротстве:

- а) в течение 10 дней с момента, когда закончился срок для обращения руководителя в суд с заявлением о банкротстве должника, если учредитель либо акционер обладает 100% акций;
- б) в течение 20 дней с того же момента, если у должника несколько учредителей и (или) акционеров.

Другой ключевой особенностью субсидиарной ответственности руководителя за неподачу заявления является то, что она следует не за все непогашенные требования кредиторов, а только за те, которые возникли после объективного банкротства¹⁴.

Как руководителю хозяйственного общества её избежать? Во втором абзаце пункта 9 Постановления Верховного Суда Российской Федерации N 53 установлены условия освобождения добросовестного руководителя от субсидиарной ответственности. Оно возможно только в случае, если неплатежеспособность, затруднение деятельности при обращении взыскания на имущество либо задолженность перед работниками не свидетельствует об объективном банкротстве. Для этого руководитель должника должен доказать, что, несмотря на временные финансовые затруднения, он добросовестно рассчитывал на их преодоление в разумный срок и приложил все возможные усилия для дости-

¹¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14.06.2016 по делу N 309-ЭС16-1553, N А50-4727/2012 // URL: <https://legalacts.ru/> (дата обращения: 08.11.2020 г.)

¹³ Приказ Министерства финансов РФ от 28.08.2014 N 84н (ред. от 21.02.2018) «Об утверждении Порядка определения стоимости чистых активов» // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_169895/ (дата обращения: 12.11.2020 г.)

¹⁴ Определение ВС РФ от 20.07.2017 N 309-ЭС17-1801 // «Банкротство в практике Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: энциклопедия правовых позиций за 2014 - 2018 гг.» (выпуск 2) (Суворов Е.Д.) («Статус», 2019)

жения такого результата. Одним из таких действий может быть составление и представление кредиторам экономически обоснованного плана, а также его добросовестное выполнение¹⁵.

Существует и другой способ освобождения от субсидиарной ответственности. Добросовестный руководитель должника в момент наступления объективного банкротства до подачи заявления в арбитражный суд может сообщить о своём финансовом состоянии неограниченному кругу лиц. В таком случае он не отвечает «по обязательствам должника, возникшим со дня, следующего за днем такого публичного сообщения»¹⁶.

Исходя из данных разъяснений, сформулируем несколько рекомендаций, которые можно применять в текущей деятельности компании и которые при наступлении банкротства и последующем предъявлении контролирующему должнику лицу требования о субсидиарной ответственности помогут усилить доказательственную базу.

1. Регулярное проведение аудита.

Своевременное и систематическое проведение аудита может стать неким смягчающим обстоятельством, которое позволит контролирующим должника лицам обосновать принятые ими решения с учетом финансового состояния компании в тот или иной момент.

2. Обращение к услугам антикризисного управления.

Одним из аргументов, подтверждающим, что добросовестный руководитель приложил усилия, направленные на преодоление имущественного кризиса, могут являться рекомендации, подготовленные антикризисными специалистами или бизнес-консультантами.

Для того чтобы документы, подготовленные антикризисными управляющими, имели важное доказательственное значение в деле о субсидиарной ответственности, руководитель должен представить доказательства не только обращения к таким специалистам, но и полного выполнения их рекомендаций.

ДОБРОСОВЕСТНЫЙ РУКОВОДИТЕЛЬ ДОЛЖНИКА В МОМЕНТ НАСТУПЛЕНИЯ ОБЪЕКТИВНОГО БАНКРОТСТВА ДО ПОДАЧИ ЗАЯВЛЕНИЯ В АРБИТРАЖНЫЙ СУД МОЖЕТ СООБЩИТЬ О СВОЁМ ФИНАНСОВОМ СОСТОЯНИИ НЕОГРАНИЧЕННОМУ КРУГУ ЛИЦ. В ТАКОМ СЛУЧАЕ ОН НЕ ОТВЕЧАЕТ «ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ ДОЛЖНИКА ВОЗНИКШИМ СО ДНЯ, СЛЕДУЮЩЕГО ЗА ДНЕМ ТАКОГО ПУБЛИЧНОГО СООБЩЕНИЯ»

3. Реструктуризация долга и мировые соглашения.

Такие действия, даже в случае, если кредитор не согласится на рассрочку погашения задолженности либо откажет в реструктуризации задолженности, будут свидетельствовать о принятии контролирующими должника лицами добросовестных, разумных действий, направленных на устранение признаков объективного банкротства. В совокупности с иными обстоятельствами такие действия могут оказать решающее влияние на определение размера субсидиарной ответственности¹⁷.

По моему мнению, наиболее успешным для контролирующих должника лиц способом избежать субсидиарной ответственности является своевременное проведение аудита и представление кредиторам на его основе экономически обоснованного плана преодоления финансовых трудностей. По статистике основными инициаторами процедуры банкротства юридических лиц являются именно кредиторы (77,1% в 2020 году)¹⁸. Чаще всего это происходит потому, что руководители в должной мере не реализовывают необходимые действия, направленные на преодоление имущественного

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286130/ (дата обращения 13.11.2020 г.)

¹⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286130/ (дата обращения 13.11.2020 г.)

¹⁷ Дмитрий Салмаков «Субсидиарная ответственность за неподачу заявления должника о банкротстве: предупредительные рекомендации» 01.02.2019 // URL: https://zakon.ru/blog/2019/2/1/subsidiarnaya_otvetstvennost_za_nepodachu_zayavleniya_dolzhnika_o_bankrotstve_predupreditelnye_rekom (дата обращения: 16.11.2020 г.)

¹⁸ Банкротства в России: итоги 2020 года. Статистический релиз Федресурса // URL: <https://fedresurs.ru/news/e3fc79ce-fd38-432f-ab08-8c1561b1b7cb?attempt=1>

кризиса, своими недобросовестными действиями приводят хозяйственное общество к несостоятельности. Аудит и представление кредиторам экономически обоснованного плана помогли бы руководителю избежать ответственности даже в том случае, если должник всё же стал банкротом.

Таким образом, при определении субсидиарной ответственности за неподачу заявления о признании должника банкротом ключевое значение придаётся обстоятельствам, свидетельствующим о наступлении имущественного кризиса общества. Важнейшим из них является объективное банкротство, признаки которого устанавливаются арбитражным управляющим при проведении финансового анализа. Если руководитель должника действовал недобросовестно, вводил в заблуждение кредиторов и не подал в течение установленного законом срока с момента наступления объ-

ективного банкротства заявления о признании несостоятельности должника, он привлекается судом к субсидиарной ответственности по данному основанию.

При этом имеют место условия, при которых возможно освобождение добросовестного руководителя от субсидиарной ответственности. Для этого необходимо отсутствие обстоятельств, свидетельствующих о наступлении объективного банкротства должника, а также наличие действий со стороны контролирующих должника лиц, направленных на преодоление имущественного кризиса и своевременное информирование кредиторов о финансовом состоянии должника. Своевременный аудит и представление кредиторам экономически обоснованного плана преодоления неплатежеспособности помогут руководителю избежать субсидиарной ответственности.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Проблемы правовой регламентации субсидиарной ответственности и деликтной ответственности контролирующих должника лиц в процессе несостоятельности (банкротства) // Крупенич Е.А. Вопросы студенческой науки. Выпуск №5 (45), май 2020

Нормативно-правовые акты:

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 N 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019) // СОБРАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ №52 от 29 декабря 2003 года
3. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 N 127-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. №43
4. Приказ Министерства финансов РФ от 28.08.2014 N 84н (ред. от 21.02.2018) «Об утверждении Порядка определения стоимости чистых активов» // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_169895/

Судебная практика:

5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС КонсультантПлюс. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286130/
6. Определение ВС РФ от 31.03.2016 N 309-ЭС15-16713 по делу N A50-4524/2013
7. Определение ВС РФ от 20.07.2017 N 309-ЭС17-1801 по делу № A50-5458/2015

8. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 31.03.2016 N 309-ЭС15-16713 по делу N A50-4524/2013
9. Определение Арбитражного суда города Москвы от 22.08.2017 по делу A40-155759/2017
10. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20.07.2017 N 309-ЭС17-1801 по делу N A50-5458/2015
11. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14.06.2016 по делу N 309-ЭС16-1553, N A50-4727/2012
12. Определение ВС РФ от 11.11.2019 № 303-ЭС19-15056 по делу № A04-7886/2016
13. Определение ВС РФ от 28.09.20 № 310-ЭС20-7837 по делу N A36-13042/2018

Электронные ресурсы:

14. Челюканов Н.А. «Обзор важных разъяснений нового Постановления Пленума ВС РФ № 53 от 21.12.2017 по вопросам субсидиарной ответственности контролирующих лиц» 16.01.2018 // URL: <https://pravorub.ru/articles/80703.html>
15. Дмитрий Салмаков «Субсидиарная ответственность за неподачу заявления должника о банкротстве: предупредительные рекомендации» 01.02.2019 // URL: https://zakon.ru/blog/2019/2/1/subsidiarnaya_otvetstvennost_za_nepodachu_zayavleniya_dolzhnika_o_bankrotstve_predupreditelnye_rekom
16. Банкротства в России: итоги 2020 года. Статистический релиз Федресурса // URL: <https://fedresurs.ru/news/e3fc79ce-fd38-432f-ab08-8c1561b1b7cb?attempt=1>



УДК 347.451.03



Гусейнов Тофик Азерович
(ta_guseynov@mail.ru)

студент 4 курса бакалавриата
юридического факультета
Волгоградского института управления
филиал РАНХиГС

Huseynov Tofik

4th - year student of bachelor program
Faculty of Law
Volgograd Institute of Management
branch of RANEPА

Научный руководитель:

Сергачева Ольга Александровна

кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой гражданско-
правовых дисциплин Волгоградского
института управления филиал РАНХиГС

Academic supervisor:

Sergacheva Olga

Candidate of Law, Associate Professor, Head
of the Department of Civil Law Volgograd
Institute of Management branch of RANEPА

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТОРГОВЛИ В ИСЛАМЕ

FEATURES OF LEGAL REGULATION OF TRADE IN ISLAM

АННОТАЦИЯ: В статье анализируются общие вопросы мусульманского права в части регулирования торговых сделок и сопутствующих общих вопросов договорного права¹. Такое регулирование, в первую очередь, базируется на ряде религиозных норм, которые достаточно подробно раскрывают вопросы, связанные с положением покупателя и продавца, защитой их прав и соблюдения обязанностей. В статье также в общих чертах затрагиваются положения, связанные с мусульманским договорным и гражданским правом как таковым. Обозначаются различные виды и формы договоров, их содержание и общие принципы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: договор, торговля, сделка, Шариат, мусульманское право.

ANNOTATION: The article analyzes the general issues of Muslim law in terms of the regulation of commercial transactions. Such regulation is primarily based on a number of religious norms, which disclose in sufficient detail the issues related to the situation of the buyer and seller, the protection of their rights and observance of obligations. The article also outlines the provisions related to the contractual and civil law of Islam as such. Various types and forms of contracts, their content and general principles are indicated.

KEYWORDS: contract, trade, deal, Shariah, Islamic law.

Введение

Мусульманское право всегда являлось особым правом с точки зрения юриспруденции. С момента зарождения Ислама как религии жизнь мусульманина (как социальная с её внутренней и внешней сторонами, так и правовая), общества и государства регулируется с помощью ряда религиозных норм, которые охватывают все сферы жизни человека. Особая роль отводится регулированию гражданско-правовых отношений, а именно вопросов, связанных с торговым оборотом и взаимодействием продавца и покупателя. Именно особенности регулирования различного рода торговых сделок по закону Шариата представляет научный и практический интерес по ряду следующих фактов.

Во-первых, общепризнанной является концепция того, что изначальной и основной целью гражданского права выступает регулирование экономических отношений между субъектами. То есть одной из важных составляющих гражданского права является обеспечение существования нормальных торговых отношений между лицами-участниками таких отношений. Особую важность указанный аспект приобретает как раз в сфере торгового права Ислама, ведь в соответ-

²⁷ «Торговые сделки» в настоящей статье надлежит расценивать как обобщающий термин, который будет затрагивать как само «торговое» (коммерческое) право, так и «потребительское» право, включая также и иные виды договоров (контрактов).

ствии с этой религией сам Пророк Мухаммад занимался торговлей, поэтому неудивительно столь тщательное и трепетное отношение к правовому регулированию экономических отношений в странах Востока.

Во-вторых, мусульманское право, вне зависимости от того, какой мазхаб занимает доминирующее положение, само по себе является весьма специфичным с точки зрения романо-германской семьи: отсутствие четкой системы разделения отраслей права; отсутствие привычных источников правового регулирования; значимость нетипичных источников права и их неоднородность. Важ-

но отметить, что религиозные нормы в Исламе считаются источником права и часто бывают имплементированы в нормативные правовые акты. Например, в ст. 4 Конституции Исламской республики Иран (1979 г.)² указано, что «все гражданские, уголовные, финансовые, экономические, административные, культурные, военные, политические нормы и принципы, а также любые другие законы должны основываться на принципах ислама. Эти принципы главенствуют над всеми нормами Конституции и другими нормативно-правовыми актами».

Все это в совокупности делает систему исламского права весьма интересной как с научной, так и с практической точки зрения.

Изучая особенности совершения сделок в мусульманском мире, следует подчеркнуть, что этому вопросу в исламе посвящен отдельный раздел права – муамалат.

Особое внимание необходимо уделить строению мусульманской правовой системы, её дроблению на разделы (отрасли). Как было указано выше, по закону Шариата живут мусульмане, которые на своем жизненном пути следуют заветам ислама. Причем Шариат содержит не только пра-

вила внешнего общественного поведения (привычные нам юридические нормы), но и, возможно, даже в большей степени регулирует внутреннее, душевное и моральное состояние человека. Здесь находят свое применение правила распорядка совершения молитв, соблюдения Поста и иные правила религиозного поведения. Как указывает Л.Р. Сюкейяйен, «шариат нацелен в равной степени как на решение догматических и культовых вопросов, так и на регулирование мирского поведения мусульман, формирование их образа жизни в целом»³. Также ученый обращает внимание на то, что указанные нормы регулируют взаимоотноше-

ния мусульман между собой, иноверцами и государством. Как видно, Шариат представляет собой не просто систему правоотношений между субъектами права, а является целым образом жизни человека.

Наравне с Шариатом существует такое понятие как «фикх» (право, юриспруденция). Речь идет о знакомом нам правовом регулировании правоотношений, возникающих между гражданами. Однако, учитывая специфику рассматриваемой правовой системы и её источников (основными являются Коран, Сунна, Иджма, Кияс), более

точно было бы говорить не об отраслях права, а о его разделах. К таким разделам относятся⁴: 1) поклонение (ибадат), которое регулирует вопросы, связанные с религией; 2) семейные отношения (мунакахат), которые вбирают в себя вопросы брака, развода, завещания, взаимоотношения с ребенком; 3) муамалат (вопросы торговли и совершения сделок); 4) укуба (регламентирует преступления, или грехи, и наказание за них).

Если обратить внимание на муамалат, то можно заметить, что здесь нет как такого регулирования абсолютных вещных правоотношений. Дело в том,

ЕСЛИ ОБРАТИТЬ ВНИМАНИЕ НА МУАМАЛАТ, ТО МОЖНО ЗАМЕТИТЬ, ЧТО ЗДЕСЬ НЕТ КАК ТАКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АБСОЛЮТНЫХ ВЕЩНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ.

ДЕЛО В ТОМ, ЧТО ИНСТИТУТ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НЕ ЯВЛЯЕТСЯ ЕДИНЫМ В СМЫСЛЕ РОССИЙСКОГО ПРАВА, КОТОРОЕ ОТНОСИТ ЕГО ПРЕИМУЩЕСТВЕННО К ОТРАСЛИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

² Конституция Исламской Республики Иран (утв. 15.11. 1979 г. (с внесением изм. и доп. от 28.07.1989 г.). URL: http://www.cis-emo.net/sites/default/files/imagesimce/constitution_of_iran.pdf. (Дата обращения: 15.10.2020).

³ Сюкейяйен Л.Р. Основы теории исламского права : учеб. пособие – СПб., 2019. С. 7.

⁴ Алятудинов Ш.Р. Мусульманское право. Первый и второй уровни. – СПб.: «Издательство «ДИЛЯ», 2013. С. 71.

что институт права собственности не является единым в смысле российского права, которое относит его преимущественно к отрасли гражданского права. В исламе правовое регулирование отношений собственности относится не к одной отрасли права, а получает свое регулирование в различных сферах общественных отношений: в семейных отношениях, в правилах ведения войны (право на добычу и трофеи), в уплате пожертвований, как предмет отдельных договоров и т.д. Вопросы собственности не составляют предмет настоящего исследования, однако уместно будет подчеркнуть, что по Шариату человек является лишь «временным собственником», а владыкой и хозяином вещи является Аллах⁵. Вещь передана человеку по Его поручению во временную собственность.

Таким образом, муамалат регламентирует отношения гражданско-правового характера (преимущественно особенности ведения торговли и связанные с ней вопросы имущественного характера⁶).

Важную роль занимает договорное право в целом. Справедливо будет сказать, что Ислам уделяет этому первостепенное значение. Так, в Коране указывается (сура 5, аят 1): «О, вы, которые уверовали (в Аллаха, Его Посланника и подчинились Его Закону)! Верно исполняйте договоры [свои обязательства перед Аллахом и друг перед другом в том, что не противоречит Книге Аллаха и Сунне Его Посланника]»⁷. Очевидно, что в аяте речь идет о таких базовых принципах гражданского права, как добросовестность и надлежащее исполнение обязательств.

Кроме того, существует большое количество сохранившихся свидетельств современников и последователей Пророка, суры в Коране, которые подтверждают, что, например, договор о долге должен быть зафиксирован письменно, а также, что заключенные договоры и данные обещания должны соблюдаться⁸. Здесь прослеживается и характерный для европейского права принцип римского права *pacta sunt servanda*.

Общие положения о договорах и регулировании торговли⁹

Договоры могут быть разделены на несколько больших групп: 1) возмездные договоры (Mu'aawadha); 2) договоры пожертвования/дары (Tabarru'); 3) Дополнительные контракты (Dhimniyya).

Наиболее интересным, основообразующим является договор купли-продажи. Соответственно, все особенности, затрагиваемые нами в этой работе, так или иначе затрагивают договор купли-продажи.

Такой контракт должен содержать ключевые элементы (условия). К ним относятся: 1) оферта и акцепт; 2) передача предмета одной стороны в господство другой и момент этой передачи¹⁰; 3) отсутствие каких-либо неточных условий; 4) предмет и ценность сделки; 5) указание индивидуальных признаков вещи; 6) порядок передачи договора и предмета договора; 7) цена¹¹.

Нельзя не заметить, что, несмотря на разрозненность гражданско-правовых норм, вопросы договорного права, как минимум в части описания условий договора, весьма подробно регламентированы.

Примечательно, что формы акцепта можно классифицировать на несколько видов:

1. Дача согласия говорением слов либо иным вербальным способом. Какой-либо формализованной формы в устном выражении воли не существует (т.е. нет какой-то особой клятвы или церемониальной фразы).
2. Дача согласия подписанием договора. Договор должен быть составлен на понятном обеим сторонам языке.
3. Дача согласия жестом.
4. Дача согласия поведением¹².

Существует также принцип совершения сделки на месте. Он выражается в том, что лицо не может продать товар, которого у него нет с собой. В древние времена это имело ещё больший смысл, так как

⁵ Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право собственности: юридическое осмысление религиозных постулатов // Отечественные записки. 2004. № 6. С. 56-64.

⁶ Например, момент перехода права собственности при торговой сделке, способы такого перехода.

⁷ Адель А. (пер.) Коран: перевод смысла аятов и их краткое толкование. Махачкала: ИД «НИКМА», 2020. С. 120.

⁸ Там же.

⁹ Положения данного раздела в равной степени могут быть отнесены ко всем правовым школам (мазхабам).

¹⁰ Можно выделить мгновенную передачу товара (т.е. сделка совершается на месте и товар переходит к лицу сразу), либо же товар доставляется через какое-то время после совершения сделки.

¹¹ Islamic Contract Law. URL: <http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2011/03/3-Contract-Law-04-04-09-Read-Only1.pdf> (дата обращения: 13.10.2020).

¹² Formation of Contracts and Its Legal Effects. URL: <https://islamicbankers.files.wordpress.com/2015/09/cil-ilt-lecture-2.pdf> (дата обращения: 10.10.2020).

в Медине, где жил Пророк, могли быть ситуации, когда лицо, вступая в отношения, хотя и имело товар, но не могло обеспечить его поставку (переход в собственность другого лица). В связи с этим, чтобы избежать возможного неисполнения обязательств, и был введен соответствующий запрет. Тем не менее в настоящее время передача товара на месте уже не играет столь существенной и императивной роли. Так, в мусульманских государствах разрешена продажа товара через интернет. В этом случае, как указывают исламские ученые, следует руководствоваться правилом о возможности описания товара для покупателя продавцом (изображение товара на сайте, описание его характеристик). Такой способ продажи признается полностью разрешенным¹³.

Важной особенностью договора выступает запрет на наличие гарара (Gharar). Этим понятием определяется наличие каких-либо неточных определений в словах, предмете договора и иных условиях. Также гарар может толковаться как обман или мошенничество. Однако отмечается, что договор может быть признан законным, если есть основания полагать, что такая неопределенность незначительна, либо её затруднительно установить. Так, например, будет законной продажа дома, в котором при внешнем осмотре не было выявлено никаких недостатков, а собственник дома о таких недостатках не знал и не мог знать ввиду неявных дефектов (внутреннее состояние стен, фундамента, участка и т.д.).

В то же время существует понятие грубого гарара, то есть существенной неопределенности. К таким относится, например, продажа будущего потомства животного, ещё не посаженного и не выращенного урожая, не пойманной дичи и т.п.¹⁴. Главной особенностью такого условия является то, что продавец не может взять плату за несуществующую вещь, тем более что не от него зависит, будет ли вещь вообще существовать, в том числе, если лицо не намерено ее создавать.

Отдельно выделим гарар (обман) с участием третьего лица. Исламские правоведы, понимая, что договорные отношения нарушаются не только одной из сторон контракта, предусматривают их нарушение и третьим лицом. К таким случаям относят обман, в случае если товар продает, например, сын или другой родственник продавца, который не имеет на это право и полномочий. Также в видах такого обмана выделяют сговор стороны договора с третьим лицом. Приведенный вид можно рассматривать как обычный сговор для создания каких-либо условий (упомянутое нарушение не является абсолютным и признается не всеми правовыми школами) для другой стороны,

так и сговор стороны и её уполномоченного представителя, когда последний умышленно искажает волю доверителя. Во всех перечисленных случаях покупатель вправе отменить сделку.

Неотделимо от способа перевозки товара выступает риск гибели имущества. Как отмечает в своей работе Ewan McKendrick¹⁵, риск гибели имущества выражается в неоправданном убытке или

гибели имущества по вине одной из сторон.

При анализе доктринальных исследований становится ясно, что отдельная категория «риск случайной гибели имущества» не выделяется. Существует лишь понятие риска как такового, и в зависимости от обстоятельств наступают различные последствия для самого договора и его участников.

Общим правилом является возложение риска гибели имущества на лицо, в чьей собственности и в чьем владении это имущество находится, однако проблемной является ситуация, когда договор купли-продажи уже заключен и вещь находится в пути к покупателю. В этом случае ислам выделяет следующие возможные варианты.

Если товар уничтожен по воле Аллаха или из-за действий продавца, то вина за гибель товара ле-

ЕСЛИ ТОВАР УНИЧТОЖЕН ПО ВОЛЕ АЛЛАХА ИЛИ ИЗ-ЗА ДЕЙСТВИЙ ПРОДАВЦА, ТО ВИНА ЗА ГИБЕЛЬ ТОВАРА ЛЕЖИТ НА ПРОДАВЦЕ

¹³ Chrisna H., Efrizah D., The Study of Review of Halal Buying and Selling Transactions // 1ST INTERNATIONAL HALAL CONFERENCE & EXHIBITION, 2019, pp. 112-119.

¹⁴ Тем не менее в сделках, связанных с торговлей на бирже, гарар допускается ввиду существования риска как составной и неотъемлемой части биржевой сделки.

¹⁵ Ewan McKendrick, et al, Sale of Goods (London: LLP Professional Publishing, 2000, P. 276.

жит на продавце. Не уточняется, что именно может быть гибелью товара по воле Аллаха, однако, как указывает ряд американских правоведов¹⁶, под действием Аллаха стоит подразумевать какие-либо чрезвычайные обстоятельства, стихийные бедствия, иное внезапное изменение обстоятельств, которое не зависит от воли сторон. Очевидно, что речь идет о форс-мажорных обстоятельствах, при которых, в отличие от континентального права, где ответственность никто не несет, вина ложится на продавца как последнего владельца имущества и активную сторону договора.

В случае если вещь уничтожается по вине покупателя, то ответственность лежит на нем, но сам договор купли-продажи продолжает оставаться действительным, и производится оплата товара продавцу. Однако если вещь утрачена в результате действий третьей стороны, то вина лежит на ней. Покупатель же по своему усмотрению может аннулировать договор или признать его. В этом случае интересно место вины перевозчика. Допустим, при заключении договора стороны договорились, что покупатель наймет перевозчика для транспортировки вещи. При перевозке вещь была утрачена ввиду недобросовестности водителя (третьей стороны), однако кто понесет ответственность за его действия? Полагаем, что в этом случае ответственным перед покупателем является водитель как лицо, причинившее ущерб. Так, в решении Кассационного суда Туниса было указано, что в случае гибели вещи, которая находится в пути, ответственность за её гибель перед покупателем несет именно перевозчик, так как вещь на период транспортировки находится в его господстве, если только он не докажет обратное¹⁷.

Существенным условием в договоре купли-продажи в исламе является условие о цене, а при отсутствии условия о ней или ее несогласованности договор признается неисполнимым. Причем это условие не может быть изменено (увеличение или снижение цены в дальнейшем), за исключением добровольной скидки. Также предусматриваются вопросы о штрафе в случае невыполнения обязательства (например, неоплаты товара). Такие штрафы уплачиваются в качестве пожертвований на благотворительность¹⁸. Так, гражданский кассационный суд Бейрута указывает, что невозможно завершить исполнение договора купли-продажи, если стороны не договорились о цене¹⁹.

Кроме того, в исламе отдельно выделяются условия о количестве и качестве товара, а также добросовестности сторон. Так, товар должен поставляться качественным и полноценным, а в случае если часть товара является некачественной, то покупатель имеет право отказаться от части такого товара или от всей партии в целом.

Таким образом, можно сделать вывод, что стороны

должны быть добросовестны в совершении сделки.

Куплю-продажу разделяют на несколько видов²⁰ в зависимости от времени достижения соглашения и исполнения договора:

1. будущая продажа – совершение соглашения о заключении договора в будущем (обещание);
2. Bai Mu'ajjal – заключение договора о существующем товаре с отсрочкой платежа и немедленной доставкой;
3. фьючерс – соглашение о несуществующем товаре с вознаграждением в будущем;
4. опцион – заключение договора сейчас о несуществующем товаре с правом выбора покупателя в будущем.

ПРЕДУСМАТРИВАЮТСЯ ВОПРОСЫ О ШТРАФЕ В СЛУЧАЕ НЕВЫПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА (НАПРИМЕР, НЕОПЛАТЫ ТОВАРА). ТАКИЕ ШТРАФЫ УПЛАЧИВАЮТСЯ В КАЧЕСТВЕ ПОЖЕРТВОВАНИЙ НА БЛАГОТВОРИТЕЛЬНОСТЬ

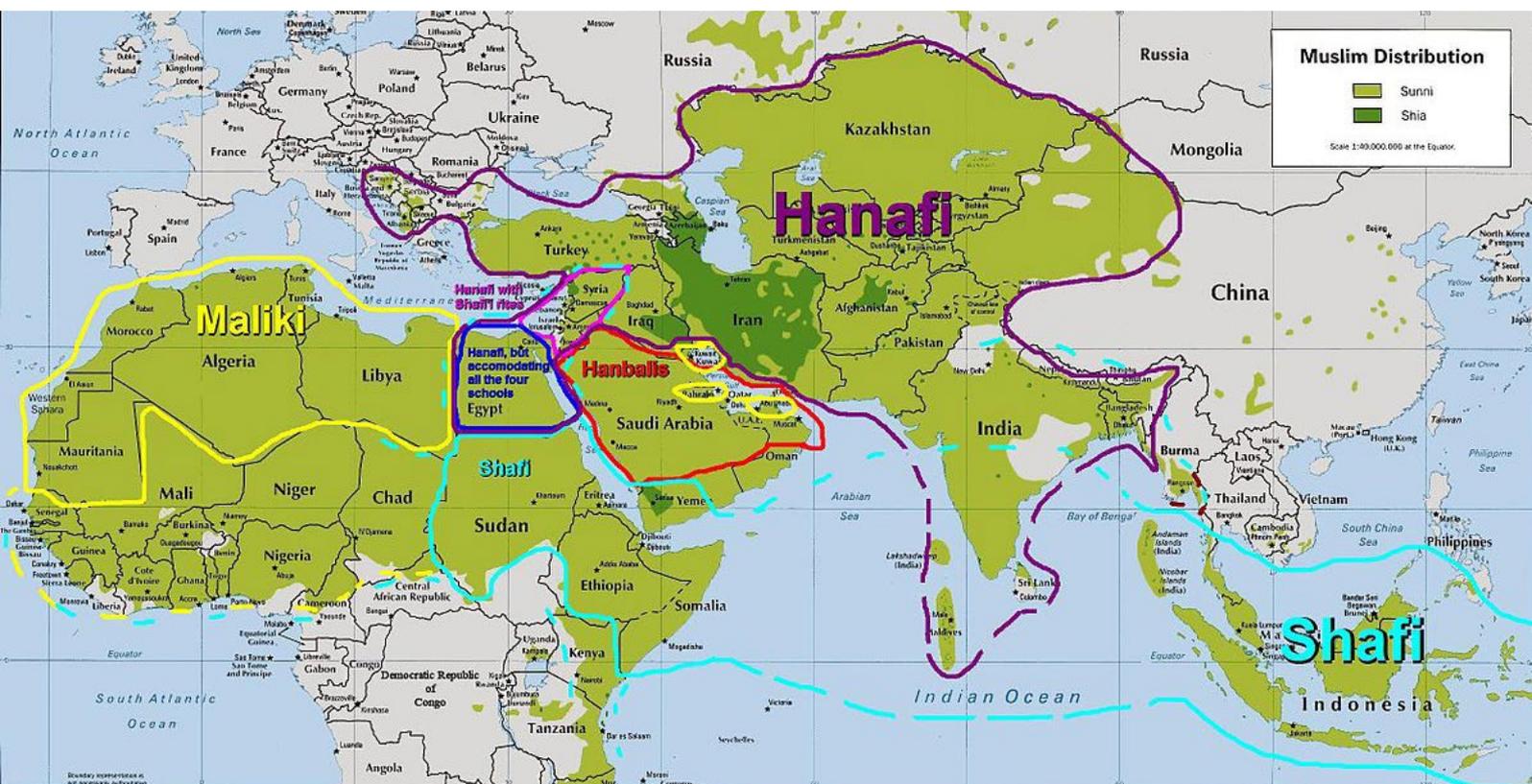
¹⁶ См. Rayner S. A Note on Force Majeure in Islamic Law // Arab Law Quarterly Vol. 6, No. 1, 1991, - pp. 86-89.; Saleh N. Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws // Arab Law Quarterly Vol. 4, No. 4 (Nov., 1989), - pp. 269-290.

¹⁷ Al-Jumhuriyya al-tunisiyya (Tunisian Republic), mahkamat al-ta'qib (court of cassation), 3 may 1982, MAFQ 11, 1992, 337 at 339.

¹⁸ Там же.

¹⁹ 25/04/1973. 35 مقر شورى - في ندمل ا زي ميتلا قحك ح. Режим доступа: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingRefPage.aspx?id=125394&SeqID=1309&type=2> (дата обращения: 13.02.2021).

²⁰ Islamic Contract Law. URL: <http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2011/03/3-Contract-Law-04-04-09-Read-Only1.pdf>.



Вопрос об отграничении фьючерса и опциона от гарара выражается в следующем: при совершении гарара речь идет либо о вообще несуществующем предмете, либо о предмете, который продавец не намерен производить (поэтому гарар – обман). В опционах и фьючерсах речь идет о продукте, которого хотя и нет в материальном мире, однако его создание добросовестно планируется (либо уже идет), деньги здесь выступают как предоплата, которая также может пойти на создание вещи. Здесь следует учитывать, что при совершении гарара деньги, которые были взяты заранее, изначально не планировалось расходовать для исполнения договора. То есть возникает ситуация неосновательного обогащения.

Покупатель вправе совершить следующие действия в рамках договора, а именно: вернуть товар ненадлежащего качества, осмотреть товар перед покупкой, получить товар надлежащего качества и справедливую цену.

В терминологии исламского права законные сделки купли-продажи Bai Sahih (сделка, где все условия правомерны, согласованы и указаны) в то

же время могут быть недействительны, и в зависимости от дефекта выделяют следующие виды:

- а) Bai Baatil – недействительная сделка. В таких сделках есть существенный гарар (например, относительно предмета договора);
- б) Bai Fasid – дефектная продажа. В данном случае речь идет о неверности условий, при уточнении которых сделка правомерна (например, взимание процентов за нарушение обязательств);
- в) Bai Makrooh – нежелательная продажа. Наступает в случае продажи товара в то время, когда предусмотрена пятничная молитва, а точнее после азана, призывающего к молитве²¹, а также при вмешательстве третьей стороны в переговоры.

Таким образом, договор купли-продажи является основным договором во всем мусульманском праве. Очень подробно регламентированы виды такого договора, различные условия его заключения, разные правовые последствия для сторон. Видно, что прослеживается трепетное отношение к интересам и правам покупателя как более уязвимой стороны. Однако, помимо договора купли-продажи, выделяются также иные договоры.

²¹ Особый статус пятничной молитвы обусловлен тем, что это прямо указано в Коране (62:9), поэтому она и имеет такое значение при совершении сделок.

Например, характерным условием договора поставки, который выступает специальным видом договора купли-продажи, в соответствии с принципом мусульманского права, является условие об оплате товара до его получения (договор салам²²). Однако важно, чтобы этот конкретный товар без сомнения существовал²³. Также к договору поставки (а вместе с ним к договору купли-продажи) относятся такие общие ограничения ислама, как запрет на продажу свинины или алкоголя.

Что касается правил ведения торговли в Исламе, то описанный нами выше принцип добросовестности и соблюдения договоров воплощается в следующем:

1. знать правила торговли;
2. не выделять мусульман среди покупателей по сравнению с иноверцами;
3. не проявлять суровости в отношении цен на товары;
4. идти навстречу человеку, с которым заключена торговая сделка²⁴.

Как видно, указанные условия показывают присутствие равенства в совершении сделки, а также устанавливают особые требования к продавцу, таким образом защищая и обеспечивая права потребителей.

Заметим, что совершенную сделку, в том числе сделку купли-продажи или поставки, всегда можно аннулировать. Аннулирование здесь подразумевает возможность признания сделки недействительной, отказ от сделки, существенное изменение её условий. Главным признаком возможности аннулирования сделки следует считать недобросовестное поведение одной из сторон договора. Так, покупатель имеет право на снижение цены товара (доплату за его покупку) в случае, если он обнаружит дефект.

Если же покупатель обнаружил дефект, скрыл это и только через какое-то время предъявил претензию продавцу, то сделка не аннулировалась, так как присутствует недобросовестность покупателя.

Существует 11 условий аннулирования сделки²⁵, основные из которых:

1. хияр ал-маджлис: право расторжения торговой сделки сторонами, пока они не покинули место, где сделка заключалась, то есть разрешается аннулирование сделки, пока стороны не разошлись;
2. хияр ал-габн: в торговой сделке обнаружен обман (габн);
3. хияр аш-шарт: в торговой сделке имеется условие, что обе стороны могут расторгнуть договор;
4. хияр ал-эйб: право расторжения торговой сделки вследствие обнаружения недоброкачества, недостатков товара;
5. хияр ар-руят: такой вид условия представляет собой описание товара продавцом, который покупатель сам не видит. Поэтому, если при получении товара его внешний вид не совпадет с описанным, покупатель имеет право отказаться от сделки.

Весьма интересны запреты в бизнесе, которые устанавливает ислам.

Например, прямо указано, что запрещен оборот краденых вещей (причем это говорится именно в правилах торговли, а не в уголовных наказаниях); также запрещена продажа вещей, выигранных в азартную игру; вещей, испачканных грязью и т.д.

Как уже было отмечено, в исламе существуют определенные условия, при наличии которых сделка будет недействительна. Описанные нами выше запреты идут в совокупности с запрещением ростовщичества (*riba*). Большинство возмездных коммерческих сделок должны производиться со встречным предоставлением в виде твердой денежной суммы.

В целом, с точки зрения своей структуры и юридической природы типичный мусульманский договор купли-продажи по сути такой же, как и договор, привычный европейскому праву, в том числе праву Англии и США.

²² Договор салам является одной из форм отсроченной поставки товара при условии, что цена уплачивается на месте. Этот договор существует как одна из форм договора, наряду с договором истисна. Основными их различиями является то, что предметом истисны является вещь, которой сейчас не существует (т.е. включаются условия о изготовлении вещи на заказ), при саламе такого условия нет (вещь может уже существовать или не существовать). Также при договоре салам оплата должна быть произведена одновременно, а при истисне условий об этом нет. По договору истисны покупатель вправе отказаться от договора до начала изготовления вещи, в то время как в саламе

это невозможно. Условия о доставке и порядке такой поставки являются существенным условием только для договора салам.

²³ Mohammad N. Principles of Islamic Contract Law // Journal of Law and Religion, Vol. 6, No. 1 (1998), - pp. 115-130.

²⁴ Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. – СПб.: «Издательство «ДИЛ»», 2009. С. 221.

²⁵ Рахманов А.Р. Исламское право : учебник для вузов – Уфа : 2010. С. 219.

Так, ученый Nafay Choudhury²⁶ указывает, что договор купли-продажи можно разделить по обязательствам продавца и покупателя, где на продавце лежит обязанность поставить качественный товар в указанном количестве, а покупатель принимает его, уплачивает оговоренную цену и принимает риски, связанные с этим товаром.

Контракт можно разделить на следующие составные части: 1. Условия о предмете и переходе титула собственности; 2. Доставка товара; 3. Риск, связанный с товаром; 4. Уплата цены; 5. Время доставки товара/предварительная продажа; 6. Количество и качество товара; 7. Добросовестность и этичность сделки.

Особенно интересен мусульманский подход в отражении прав третьих лиц при передаче предмета договора. Руководствуясь смыслами Корана и ряда достоверных хадисов, можно сделать вывод, что передать вещь может только её владелец (собственник)²⁷. Такая точка зрения является общей для всех мазхабов в исламе. Однако есть особенности, которые присущи той или иной школе и о которых будет сказано отдельно. Однако оговоримся, что наиболее справедливым является способ продажи, при котором учитывается мнение третьего лица, ведь, действительно, для обеспечения интересов всех участников правоотношений необходимо уведомить о правах третьих лиц на предмет договора.

Для сравнения можно привести соответствующие нормы ГК РФ²⁸, которые также предусматривают право покупателя, если он не знал о правах третьих лиц на товар, требовать снижения цены или отказаться от сделки. Это подчеркивает, что нормы стран, принадлежащих к диаметрально противоположным правовым семьям, сохраняют схожие черты в регулировании торговых отношений.

Отдельного внимания заслуживают условия ожидания от товара плодов, которые он будет давать. Так, например²⁹, купленная за определенную цену и ставшая давать меньше молока корова не влияет на действительность сделки и не может влиять на снижение цены. Это правило, по сути, является общим для всей системы мусульманского права, иной взгляд на этот вопрос имеют лишь ханифитские юристы.

Таковы общие основы правового подхода к регулированию сделок купли-продажи и ведению торговли в странах мусульманского мира. Тем не менее в зависимости от государства, той правовой школы (мазхаба), которая в ней преобладает, а также толкования исламского вероисповедания, правовое регулирование различных аспектов рассматриваемой нами сделки может различаться.

Ханифитский мазхаб

Представители ханифитской школы считают, что у продавца нет обязанности передать товар, пока не произведена оплата вещи. Здесь стоит вспомнить о договоре будущей продажи (постав-

ки)³⁰ (salam): существенным условием здесь является сама реальность сделки, а также возможность оплаты товара за конкретную меру вещи. Например, одна голова скота, пять мешков зерна и т.д.

В вопросах прав третьих лиц на предмет договора ханифитская школа придерживается мнения, что в случае предварительного согласия третьей стороны продажа вещи законна, а покупатель имеет право отказаться от договора в случае, если права на вещь заявляет третье лицо.

Помимо изложенных точек зрения, в ханифитской школе существует менее распространенное мнение (которое, впрочем, поддерживает профессор Mustarḥa Zarqa³¹), в соответствии с которым продать имущество без согласия третьей стороны

СПОСОБ ПОСТАВКИ ТОВАРА ИМЕЕТ ВАЖНОЕ ЗНАЧЕНИЕ В ИСЛАМЕ. ТАК, СПОСОБ ПОСТАВКИ (ТО, КАК БУДЕТ ПЕРЕДАНО ПРАВО НА ВЕЩЬ) БУДЕТ ЗАВИСЕТЬ ОТ ТОГО, ДВИЖИМОЕ ЭТО ИМУЩЕСТВО ИЛИ НЕДВИЖИМОСТЬ

²⁶ Choudhury N/ Obligations in the Contract of Sale⁴ Islamic Law and Common Law Perspective// SSRN, 2011. Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950251. (дата обращения: 13.02.2021).

²⁷ Там же. С. 10.

²⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации ст. 460. Часть 1 от 30 ноября 1994 г. №51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. - №32. - Ст. 3301

²⁹ Choudhury N. Указ соч. П. 24.

³⁰ О договоре будущей продажи также см. ниже.

³¹ Wahbah Zuhayli, Al-Fiqh al-Islami was adillatuh, vol. 4 & 5, (Damascus: Dar al Fikr, 1984) [Translated by Mahmoud A. El-Gamal into English "Financial Transactions in Islamic Jurisprudence" (Damascus: Dar al-Fikr, 2003)]

возможно, но доставка будет обеспечена третьей стороной. Таким образом, продавец имеет возможность по своему усмотрению исполнять договор.

Как уже говорилось ранее, способ поставки товара также имеет важное значение в исламе. Так, способ поставки (то, как будет передано право на вещь) будет зависеть от того, движимое это имущество или недвижимость.

Представители ханифитского мазхаба считают, что передача вещи осуществляется в момент обеспечения продавцом возможности покупателю пользоваться этим имуществом, а в случае, если товар предполагает определенный объём или вес, то после уточнения этих параметров³².

Относительно вопроса о товаре и плодах, которые он дает (корова, дающая молоко), ханифитские правоведы считают, что здесь речь идет об общих и специальных свойствах товара. То есть общим является сама способность коровы давать молоко (покупатель сам решает какую корову ему купить и за какую цену, а объем молока, качество – уже специальные свойства, т.к. зависят от корма коровы, условий её содержания).

Анализируя особенности правового регулирования торговых правоотношений в мусульманских странах, нужно отметить, что ханифитский мазхаб суннитского толка является одним из самых распространенных в исламском мире. Тем не менее его сторонниками, в том числе, являются государства со светским строем, где исконно исламские источники не оказывают радикального влияния на правовую систему.

Примером законодательства такого государства выступает ГК Афганистана³³, где вопросам, связанным с договорами, выделено порядка 260 статей, а особенностям договора купли-продажи – целый раздел.

Договоры купли продажи делятся на следующие виды:

1. Договор купли-продажи Salam;
2. Sarf – обмен валюты;
3. Bai al Wafa – договор купли-продажи, в соответствии с которым, если продавец возвращает цену проданного имущества, покупатель возвращает это имущество продавцу

(этот вид договора, как правило, применяется в сделках между банками);

4. Продажа вещи, которая находится в собственности другого человека;
5. Продажа в интересах подопечных (совершается отцом или дедом);
6. Продажа оспариваемых прав;
7. Продажа наследства;
8. Продажа в случае неизлечимой болезни;
9. Бартер.

Однако при их анализе становится ясно, что фактически они совпадают с нормами ГК ОАЭ (о котором речь пойдет ниже) и по своей структуре имеют континентальный способ изложения и построения норм. Кроме того, ханифитский мазхаб является по своему доктринальному смыслу наиболее приближенным к нормам европейского права и соответствует общему духу и принципам гражданского права.

Ханбалитский мазхаб ОАЭ

Примером государства, в котором превалирует ханбалитский мазхаб (суннитского толка), являются Объединенные Арабские Эмираты. ГК ОАЭ³⁴ содержит достаточно подробную регламентацию правовой сущности договора как института гражданского права (ст. ст. 125-275). В этот перечень статей включаются положения об общем регулировании договоров, условиях их заключения, действительности и дополнительных условиях. Отдельно выделяется агентирование в договоре.

В элементах, необходимых для заключения договора, указывается следующая информация: намерение сторон заключить контракт; предмет, который должен быть определен или который может быть определен при необходимости; вытекающая из контракта цель обязательства, которая не должна противоречить закону. Таким образом, гражданское законодательство ОАЭ в этом вопросе, в целом, аналогично российскому (ст. ст. 168, 422, 429, 431.1, 432).

Стоит обратить внимание на то, что ГК Арабских Эмиратов детализирует форму получения

³² Choudhury N. Указ соч. С. 24.

³³ The Civil Code of the Republic of Afghanistan. URL: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/10/Civil-Code-of-Afghanistan-ALEP-Translation.pdf>

³⁴ The Civil Transaction Law (Civil Code) of the UAE. URL: <https://legaladvice.com/legislation/126/uae-federal-law-5-of-1985-on-civil-transactions-law-of-united-arab-emirates> (дата обращения 31.10.2020).

оферты, указывая на возможность выражения её устно, письменно и иным свойственным человеку образом, причем делая акцент, что при выражении акцепта грамматически он может быть сказан в различном времени.

К недостаткам (дефектам) контракта, которые делают его недействительным, законодатель ОАЭ относит: принуждение, обман и ошибку.

В исследуемом кодексе нет отдельно выделенной классификации договоров, однако из прямых указаний в разделах гражданского законодательства можно сделать вывод о делении договоров на:

1) легальные;

2) нелегальные;

3) контракты с нарушениями (дефектами, при устранении которых договор будет соответствовать закону).

Более того, договор может быть приостановлен (приостановленные договоры) и не иметь обязательной силы (необязательные договоры). В отношении последнего существует право отказа от исполнения договора, если такое условие предусмотрено в самом договоре.

В отношении договоров по Гражданскому кодексу ОАЭ содержатся различные нормы, раскрывающие правовую природу гражданских соглашений, однако один из наиболее грамотных, на наш взгляд, подходов арабское гражданское право демонстрирует в части подробного регулирования «конструкции» договора. Этот раздел, несмотря на свое название, главным образом касается вопросов толкования договора. В отличие от ГК РФ, где этому аспекту уделена всего лишь одна статья, в арабском нормативном акте существуют статьи, указывающие на толкование слов договора и должное толкование обыкновений, сформированных между сторонами (торговцами), особенности толкований сомнительных положений в пользу должника, а также недопущения толкования двусмысленным образом положений, в которых ясна их сущность и цель. Также по объему толкования предусматривается, что при толковании в отношении части предмета подразумевает-

ся такое же его толкование в целом. Указывается, что нет необходимости излишне подробно описывать имеющиеся положения, однако описание и указание каких-либо недостатков является обязательным³⁵.

Что касается договоров продажи товаров, то ГК ОАЭ достаточно тщательно его регламентирует. Сначала идут положения, которые раскрывают саму структуру договора, описывают права покупателя и продавца, а затем идут нормы о специальных договорах купли-продажи.

Общие нормы затрагивают положения о том, что продавцу и покупателю должна быть известна основная информация о товаре и своем контрагенте, а также обязательно установлена возможность покупателя провести тестирование товара и условия его тестирования. Здесь четко прослеживается регулирование, схожее с нормами континентального права (например, ст. 474 ГК РФ³⁶).

Также отдельно указаны обязанности продавца, в соответствии с которыми он должен обеспечить доставку товара и прилагающихся к нему документов (приспособлений) для его нормального использования. Однако эта обязанность может быть изменена законом или соглашением сторон. Кроме того, у продавца есть право не поставлять товар в случае, если оплата будет производиться в рассрочку или цена товара ещё точно не определена.

Правила доставки товара в целом соответствуют общему подходу о необходимости доставки качественного товара по изначально обуслов-

**В ОСОБЕННОСТЯХ ПРОДАЖИ ЗЕМЛИ,
ДЕРЕВЬЕВ И ИНОЙ НЕДВИЖИМОСТИ
АРАБСКИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ
УСТАНАВЛИВАЕТ ОДНОВРЕМЕННУЮ
ПРОДАЖУ СВЯЗАННЫХ С ЗЕМЛЕЙ
ОБЪЕКТОВ. ТЕМ НЕ МЕНЕЕ ПОСЕВЫ,
КОТОРЫЕ НАХОДЯТСЯ В ЗЕМЛЕ
ВО ВРЕМЯ ПРОДАЖИ, ВМЕСТЕ С
ЗЕМЛЕЙ НЕ ПРОДАЮТСЯ**

³⁵ Здесь подразумевается, что при описании предмета договора и того, что следует из самих условий, нельзя допускать избыточности, т.к. на этом не будет сделано акцента толкования. Напротив, описание каких-либо недостатков или условий, которые тяжело установить, необходимо для установления правильного смысла договора.

³⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 2 от 26 января 1996 г. №14-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. - №5. - Ст. 410.

ленной цене, а также продаже его свободным от прав третьих лиц, если договором или законом не установлено иное.

В особенностях продажи земли, деревьев и иной недвижимости арабский законодатель устанавливает одновременную продажу связанных с землей объектов. Тем не менее посе́вы, которые находятся в земле во время продажи, вместе с землей не продаются. В случае, если на дереве есть созревшие либо уже опыленные плоды, то они также не подлежат продаже вместе с деревом, если только они не являются неотъемлемой частью этого дерева и в договоре это прямо указано. Также если речь идет о праве на урожай, то подразумевается лишь один конкретный урожай в этом году (то есть если земля позволяет собирать урожай несколько раз, то право покупателя возникает только на первый).

В ГК Арабских Эмиратов также содержатся условия об обязанностях покупателя, основные из которых: оплатить товар и принять его. В целом, обязанности покупателя и продавца взаимно корреспондируют.

Отдельное внимание заслуживают условия о различных видах продажи. Кратко характеризуя этот вопрос, заметим, что ГК ОАЭ выделяет следующие виды:

1. Предварительная продажа, при которой поставка товара отложена, а оплата производится сразу.
2. Продажа «воздушного пространства». Из сущности условий такой продажи очевидно, что речь идет о продаже места для постройки многоквартирных сооружений, в том числе отдельных этажей и надстроек.
3. Продажа неустановленных товаров. Речь идет о товарах, свойства которых не имеют индивидуального характера, а являются родовыми. Например, продажа тонны яблок подразумевает продажу именно 1 000 кг яблок, причем неважно, например, их окраска или форма для каждого конкретного яблока, так как основную значимость имеет сам объём товара.
4. Продажа с отсрочкой, при которой товар поставляется сразу, а оплата совершается после.

5. Ассистированная продажа. Речь идет о продаже товара, которого на данный момент нет в наличии, однако он появится позже. Оплата производится сразу, а товар поставляется позже. Также продавец сам размещает заказ на получение товара.

Отдельно регламентируется продажа продуктов и товаров потребления, пальм, деревьев, фруктов, а также продуктов, которые находятся в естественной оболочке (кожуре, шелухе).

В конце указаны особенности продажи наследства, имущества больных лиц и третьих лиц, а также запрет на продажу имущества представителем в свою пользу.

Таким образом, можно сделать вывод, что правовое регулирование общих положений договорного права ОАЭ в целом соответствует общеправовым принципам и тенденциям современного мира, при этом сохраняя основы исламского подхода. Тем не менее существует ряд особенностей (продажа воздушного пространства, включение особенностей продажи потребительских товаров, фруктов и товаров в естественной оболочке), которые не являются типичными в континентальной правовой системе.

Также ГК ОАЭ, несмотря на регламентацию гражданских правоотношений в стране суннитского толка, где особое внимание уделяется религии и имплементирован ряд норм (например, летоисчисление в кодексе, возраст субъектов представлен в годах Хиджры), имеет достаточно традиционный характер изложения, а правовое регулирование в целом схоже с континентальным.

Саудовская Аравия

Отдельное внимание заслуживает законодательство Саудовской Аравии (далее – СА), где господствует суннизм ваххабитского толка, ханбалитский мазхаб. Гражданские правоотношения в этом государстве регулируются нормами Корана и Сунны, однако особенности их применения раскрывает специальный низам (закон) «Коммерческая система (система коммерческих судов)» от 1350 г.х. (1931 г.)³⁷, в который различными указами короля внесены многочисленные изменения.

Интересной особенностью этого закона как источника права является то, что, несмотря на на-

³⁷ (فيراجتلا تمكحلا ماطن) (يراجتلا ماطن) (Commercial Law (Law of the Commercial Court) URL: <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c58ba10c-4e89-4c06-98d7-a9a700f1c706/2>. (дата обращения 31.10.2020).

звание, он вбирает в себя нормы материального и процессуального права, затрагивает вопросы, касающиеся морских перевозок (фрахта), в том числе статуса моряков, статуса судна, вопросы банкротства; корпоративного права (виды юридических лиц), а также сделок между субъектами как на суше, так и на море («морской заем»), особенности вексельного оборота, торговли, общие положения о статусе брокерских операций, а также ряд иных отношений. Таким образом, этот нормативный акт решает достаточно широкий круг вопросов, которые в иных системах, как правило, разграничены.

В вопросах торговли хочется отметить, что понятия договора (контракта) в законе нет, в нем вообще нет так называемой «общей части». В нем раскрываются элементы и значения различных терминов применительно к конкретным ситуациям. Отсутствие подробного понятийного аппарата связано, по нашему мнению, с самой правовой системой государства. Основной низам³⁸ (конституция) устанавливает главенство Корана и Сунны как основных, первоочередных источников правового регулирования. Соответственно, основные положения о договоре, его принципах указаны в Священной Книге мусульман и Сунне Пророка.

Так, в указанном законе понятие «торговец» раскрывается как лицо, которое участвует в коммерческих сделках на профессиональной основе. Его правовой статус затрагивается в ст. 5 этого акта, где указывается, что он должен действовать честно, в соответствии с религией, не совершая обмана.

Закон не указывает, какие именно сделки может заключать субъект. Это связано с тем, что весь перечень возможных контрактов в Саудовской Аравии предусмотрен Кораном и Сунной. С точки зрения доктрины³⁹ можно выделить коммерческие договоры следующего содержания:

1. дистрибьютерский договор;
2. маркетинговый договор;
3. договор управления и эксплуатации имущества;

4. франчайзинговый договор;
5. партнерский договор;
6. договор управления недвижимостью;
7. контракт об уровне услуг (Service Level Agreement).

Также выделяются гражданско-правовые договоры, которые представлены следующим образом⁴⁰:

1. Договоры о собственности (продажа, бартер, подарок, заем);
2. Договоры узуфрукта и аренды;
3. Трудовые договоры;
4. Договоры о возмещении ущерба (азартные игры, ставки⁴¹, договоры страхования);
5. Гарантийные договоры (поручительство, ипотека).

Так как юридические лица являются полноправными субъектами гражданского оборота и, следовательно, заключают договоры купли-продажи (поставки), считаем обоснованным указать ряд особенностей корпоративного мусульманского права. Заметим, что преобладающим для всех школ исламского права является непризнание понятия юридического лица в том виде, как это сделано в России и странах Европы. Речь идет лишь о договорах о сотрудничестве между физическими лицами по осуществлению какой-либо деятельности, юридическое лицо не есть отдельная личность. В этом случае наиболее близким по смыслу в гражданском праве РФ выступает простое товарищество, где физические лица (товарищи) соеди-

ОСОБЕННОСТЬЮ МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА ЯВЛЯЕТСЯ ТО, ЧТО В НЕМ ПОНЯТИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА ТРАДИЦИОННО НЕ ВЫДЕЛЯЛОСЬ. РЕЧЬ ИДЕТ ИМЕННО О НЕСКОЛЬКИХ ЛИЦАХ, ТРУДЯЩИХСЯ СООБЩА ВНЕ ЗАВИСИМОСТИ ОТ ВИДА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И СВОИХ ЦЕЛЕЙ

³⁸ Основной низам (положение) Королевства Саудовская Аравия (принят в 1992 г.). URL: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxuZHB2YXRhbmtuaWdpfGd4OjI3ZDUyZGE2YzcxMjBIZTY>. (дата обращения 30.10.2020).

³⁹ Carol L., Saudi Arabian Contract Law: A Comparative Perspective // St Thomas Law Forum, 2, 1990, - pp. 69–96.

⁴⁰ فيندرجا دوق على. URL: <http://malsaleh-law.com/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/> (дата обращения 01.11.2020).

⁴¹ Несмотря на то что в Саудовской Аравии в соответствии с Кораном запрещены азартные игры и ставки, в последнее время наблюдается более лояльное отношение к карточной игре «Балут» (аналог «Покера»). Кроме того, СА идет по пути глобализации и регулирование азартных игр становится мягче, поэтому договоры о ставках здесь приравниваются к договорам о страховании, т.к. и в обоих случаях невозможно предсказать точный результат.

няют свои капиталы для извлечения прибыли или достижения какой-либо законной цели. Особенностью мусульманского права является то, что в нем понятия юридического лица традиционно не выделялось. Речь идет именно о нескольких лицах, трудящихся сообща вне зависимости от вида деятельности и своих целей. Однако этот принцип постепенно меняется, оставляя неизменным суть правовой трактовки юридического лица. Так, известные саудовские компании Saudi Aramco (нефтяная компания) и Saudi Benlادن Group (международный строительный конгломерат) действуют на правах юридических лиц (LLC). Однако, обладая такой организационно-правовой формой, помогающей им взаимодействовать с контрагентами как у себя на родине, так и за рубежом, они не противоречат законодательству Саудовской Аравии. В соответствии с Законом о коммерческой системе судов Компания представляет собой договор (объединение) двух или более лиц, действия которых направлены на получение законной прибыли. Закон различает три вида компаний: переговорная компания, компания «Аль-анан» и компания «мудараб». Из всех перечисленных можно выделить форму «Аль-анан», так как в соответствии с ней партнеры имеют ограниченную ответственность по обязательствам фирмы (аналогия ООО или LLC).

Также юридические лица СА могут выступать ответчиками и истцами в судах, чаще всего эти дела касаются дистрибьюторских договоров и договоров поставки⁴². Так, в указанном примере из судебной практики речь идет о возмещении ущерба за ненадлежащее исполнение обязательств по поставке (дистрибуции) топлива. Помимо этого существуют договоры о взыскании долга⁴³.

Подводя итог в рассмотрении ханбалитского мазхаба на примере указанных государств, можно сказать, что, несмотря на имплементацию (в той или иной степени) норм исламского права, в вопросах купли-продажи товаров они соблюдают общий подход правового регулирования, сходный с континентальным.

Шафиитский мазхаб

Гражданское законодательство Йемена⁴⁴, где преобладает шафиитский мазхаб, в части общих положений указывает, что её основными источниками являются Коран и сунна, а также в статье 459 определяет, что сделка, заключенная на невыгодных условиях, является недействительной.

Также существует норма, которая поддерживает точку зрения ханбалитской правовой школы, в соответствии с которой собственник вправе продать вещь, даже не владея ею.

Смысл статей 500-502 указывает на необходимость продажи вещи индивидуализированного характера, то есть должна быть определена мера и объём вещи, а если речь идет о недвижимости, то должен быть указан соответствующий геодезический (кадастровый) номер, его площадь и границы.

Также в этом источнике права специально называются «отдельные виды продажи», которые представляют собой особенности продажи отдельных видов товаров (включая некоторые типы риба), из которых можно выделить следующее:

1. Продажа золота, серебра, фиников, крупы (риба Аль-фадл). Основное её предназначение в обеспечении равного объема продажи этих вещей разного сорта и пробы.
2. Риба ан-наса, которая предполагает собой риба при отсрочке предоставления платы за товар полностью или частично.
3. Проценты по ссуде, которая заключается в получении выгоды от денег, данных в долг.

Содержатся также и иные виды риба⁴⁵.

Другим примером регулирования сделок купли-продажи в исламском праве является Гражданский кодекс Ливана⁴⁶, который, например, в ст. 402-404 прямо закрепляет порядок доставки имущества в том виде, в котором мы рассматривали его в научной литературе (передача ключей от недвижимости). Причем в случае передачи движимого имущества возможно передать также ключи от строения, в котором это имущество находится. Также указано, что передача немате-

⁴² نيبى اى نيبى اى : نيبى اى نيبى اى // Cour de cassation chambre commercial Audience publique du 7 janvier 1981 N° de pourvoi: 79-13499 Publié au bulletin URL: https://www.courdecassation.fr/IMG//CO_arret7913489_810107_AR.pdf (дата обращения 01.11.2020).

⁴³ نيبى اى نيبى اى : نيبى اى نيبى اى // Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 7 octobre 1998 N° de pourvoi: 96-14359 Publié au bulletin URL: <https://www.courdecassation.fr/IMG//>

C1_arret9614359_981007_AR.pdf (дата обращения 01.11.2020).

⁴⁴ نيبى اى نيبى اى نيبى اى (14) مقر نيبى اى نيبى اى نيبى اى. Режим доступа: <http://www.lcrdye.org/250/> (дата обращения 13.02.2021).

⁴⁵ См. ГК Йемена, ст. 561.

⁴⁶ نيبى اى نيبى اى نيبى اى. Режим доступа: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/LawArticles.aspx?LawFreeSectionID=266503&lawId=244226&language=ar> (дата обращения 13.02.2021).

риальной вещи (права) происходит посредством вручения соответствующих документов. Также существуют принципы передачи товара в той мере и объёме, которые были оговорены сторонами. Решение Ливанского городского суда первой инстанции 2014 года⁴⁷ детализирует это положение, указывая, что здесь нужно подразумевать открытость и полноту информации о товаре перед покупателем. Такая обязанность включает в себя также сведения о правах третьих лиц на имущество, юридическую действительность сделки, а также доказательство реального нахождения предмета в собственности у продавца.

В целом можно сказать, что Гражданский кодекс Ливана придерживается подхода и повторяет сущность положения ГК Йемена и ГК ОАЭ, однако также учитываются доктринальные нормы исламского права как такового.

Иные мазхабы

В теории также упоминаются такие мазхабы, как джафаритский и малакитский, однако они не получили широкого распространения в мусульманском мире. Джафаритский мазхаб, например, является единственным шиитским мазхабом и частично распространён на территории некоторых государств, в том числе светских (Азербайджан, Афганистан, Ирак), поэтому кратко обозначим присущие им особенности в сравнении с другими мазхабами. Так, в вопросах взятия рибса джафаритским мазхабом при заключении сделки сульх⁴⁸ продавцу разрешается брать рибса с кяфира⁴⁹.

Маликитская и джафаритская правовые школы полагают, что продажа вещи, которая находится во владении третьего лица, незаконна.

В маликитском мазхабе, как и в шафиитском, при регламентации передачи вещи ещё большую значимость приобретает возможность её перемещения. Так, позволение продавца пользоваться вещью выражается в следующем: если это недвижимость, то в передаче необходимых к ней

приспособлений (например, ключей), а если речь идет о движимых вещах, то все зависит от уговора сторон, например, путем рукопожатия или перемещения вещи из одного места в другое⁵⁰.

Относительно получения прибыли маликитская школа согласна с возможностью наценки на вещи для получения прибыли, однако для сохранения справедливости и недопущения сверхприбыли, она не должна составлять более 1/3 от первоначальной цены⁵¹.

С практической точки зрения укажем, что ГК Ирака⁵² (где государство опирается на общий дух исламского права, однако подчеркивает наличие светского законодательства⁵³) является достаточно ординарным нормативным актом, который сходен в трактовке с вышеперечисленными нормативными актами. В особенностях влияния исламского права на договор купли-продажи можно заметить дозволение продажи товара по описанию, а также расширенную регламентацию характерных черт предварительной купли-продажи.

Маликитская правовая школа распространена на территории Персидского залива (например, в Бахрейне). Гражданское законодательство Бахрейна, как и Ирака, имеет дуалистический характер и представлено Законом о коммерции⁵⁴ и Гражданским кодексом⁵⁵. Первый в основном регламентирует специфические особенности ведения бизнеса (наименование предприятия, место его расположения, особенности несения обязательств коммерсантов друг перед другом, торговля как профессиональная деятельность), а второй содержит общие положения о гражданском праве и особенно тщательно регулирует положения о договорах купли-продажи. В целом, общие положения о гражданском праве и договорах в ГК Бахрейна весьма схожи с аналогичным кодексом Ирака. Что касается Коммерческого кодекса и Гражданского кодекса Бахрейна, то в части вопросов купли-продажи они весьма близки, однако Коммерческий кодекс содержит положения о такой продаже, как CIF и FOB.

⁴⁷ 31/07/2014. خيرات 247 مقر نازيل ليج - لوالا عجدلا قمعج. Режим доступа: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingRefPage.aspx?id=175491&SeqID=1889&ty pe=2> (дата обращения 13.02.2021).

⁴⁸ Своего рода мировое соглашение, при котором стороны уступают часть своего имущества или требований.

⁴⁹ Матиас Роз. Исламское право: история и современность. – М.: Медина, 2019. С. 384.

⁵⁰ Там же, р. 31.

⁵¹ Там же, р. 29.

⁵² Iraq: Civil Code [Iraq], No. 40, 18 September 1951. Режим доступа: <https://www.refworld.org/docid/55002ec24.html> (дата обращения: 25.02.2021).

⁵³ Конституция Республики Ирак от 15 октября 2005 года. Режим доступа: <https://worldconstitutions.ru/?p=338> (дата обращения 25.02.2021).

⁵⁴ The Law of Commerce No. 7 of 1987, Legislative Decree No. 7 of 1987 Promulgating The Law of Commerce. Режим доступа: <https://moic.gov.bh/en/RegulationsAndAgreements/Regulations/Regulation%20New/The%20Law%20of%20Commerce%20No.%207%20of%201987.pdf> (дата обращения 26.02.2021).

⁵⁵ Bahrain Civil Code. Legislative Decree No. 19 Of The Year 2001 With Respect to Promulgating the Civil Code. Режим доступа: <https://ru.scribd.com/doc/153533497/Bahrain-Civil-Code> (дата обращения: 26.02.2021).

Указывая на особые виды продажи, ГК Бахрейна выделяет следующие виды:

1. Продажа вещи, принадлежащей третьему лицу (продажа недействительна, пока не получено согласие третьего лица).
2. Продажа судебных прав.
3. Продажа наследства.
4. Продажа имущества смертельно больного лица.

Как видно, договор будущей продажи прямо не выделен в качестве специального типа, тем не менее в нормативном акте есть сведения о возможности продажи вещи с последующим определением цены.

Таким образом, можно сделать вывод, что джафаритский и маликитский мазхабы не играют существенной роли в праве арабских стран и тем более не вносят каких-либо радикальных различий в правовое регулирование сходных правоотношений.

Заключение

Подводя итог, можно сказать, что мусульманское право, несмотря на древность сво-

его основного источника (7 в. н.э.) и специфичность, обладает достаточно емкими и современными средствами правового регулирования договорных отношений между субъектами, которые обеспечивают соблюдение общеправовых и отраслевых принципов гражданского права, а следовательно, и сохранение принципа равенства участников гражданского оборота. Тем не менее в ряде стран Ближнего Востока наблюдается гармонизация исламского права с европейским, эта обособленная правовая система становится все более открытой для мира.

Различные мазхабы, которые доминируют в том или ином государстве, не вносят какого-либо существенного регулирования в гражданские правоотношения, которые связаны с договорным правом (по крайней мере, в договоре купли-продажи). Более того, можно считать, что, в целом, нормы исламского права в зависимости от государства, в котором они существуют, хотя и могут различаться, но тем не менее схожи и регулируют одни и те же отношения идентично.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1 от 30 ноября 1994 г. №51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. - №32. - Ст. 3301.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 2 от 26 января 1996 г. №14-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. - №5. - Ст. 410.
3. Конституция Исламской Республики Иран (утв. 15.11. 1979 г. (с внесением изм. и доп. от 28.07.1989 г.)). URL: http://www.cis-emo.net/sites/default/files/imagesimce/constitution_of_iran.pdf (дата обращения 15.10.2020).
4. Конституция Республики Ирак от 15 октября 2005 года. Режим доступа: <https://worldconstitutions.ru/?p=338> (дата обращения 25.02.2021).
5. Основной низам (положение) Королевства Саудовская Аравия (принят в 1992 г.) URL: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbXNuZHB2YXRhbmtuaWdpfGd4OjI3ZDUyZGE2YzcxMjBlZlZTY> (дата обращения 30.10.2020).
6. Bahrain Civil Code. Legislative Decree No. 19 Of The Year 2001 With Respect to Promulgating the Civil Code. Режим доступа: <https://ru.scribd.com/doc/153533497/Bahrain-Civil-Code> (дата обращения 26.02.2021).
7. Iraq: Civil Code [Iraq], No. 40, 18 September 1951. Режим доступа: <https://www.refworld.org/docid/55002ec24.html> (дата обращения 25.02.2021).
8. The Civil Transaction Law (Civil Code) of the UAE. URL: <https://legaladvice.com/legislation/126/uae-federal-law-5-of-1985-on-civil-transactions-law-of-united-arab-emirates> (дата обращения 31.10.2020).
9. The Civil Code of the Republic of Afghanistan. URL: <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/10/Civil-Code-of-Afghanistan-ALEP-Translation.pdf>.
10. The Law of Commerce No. 7 of 1987, Legislative Decree No. 7 of 1987 Promulgating The Law of Commerce. Режим доступа: <https://moic.gov.bh/en/RegulationsAndAgreements/Regulations/Regulation%20New/The%20Law%20of%20Commerce%20No.%207%20of%201987.pdf> (дата обращения 26.02.2021).
11. (تیراجتلا تمك حمل ماظن) یراجتلا ماظنلا (Commercial Law (Law of the Commercial Court) URL: <https://>

laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c58ba10c-4e89-4c06-98d7-a9a700f1c706/2
(дата обращения 31.10.2020).

Судебная практика:

12. Al-Jumhuriyya al-tunisiyya (Tunisian Republic), mahkamat al-ta'qib (court of cassation), 3 may 1982, MAFQ 11, 1992, 337 at 339.
13. خيرات 35 مقرر توريب - تيندملا زييتملا تمكحم 25/04/1973. Режим доступа: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingRefPage.aspx?id=125394&SeqID=1309&type=2>. (дата обращения 13.02.2021).
14. ريان 7، تيراجتلا تفرغلا، نيبيئاغ نيبي دقعلما // Cour de cassation chambre commercial Audience publique du 7 janvier 1981 N° de pourvoi: 79-13499 Publié au bulletin URL: https://www.courdecassation.fr/IMG///CO_arret7913489_810107_AR.pdf. (дата обращения 01.11.2020).
15. تفرغلا : عورشملما ريغ وأ قالخالل يفيانملا ببسلا 1998 ن° ريبوتكأ 7، تيندملا يلوالا // Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 7 octobre 1998 N° de pourvoi: 96-14359 Publié au bulletin URL: https://www.courdecassation.fr/IMG///C1_arret9614359_981007_AR.pdf (дата обращения 01.11.2020).
16. خيرات 247 مقرر نانبل لبعج - يلوالا تفرغلا تمكحم 31/07/2014. Режим доступа: <http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingRefPage.aspx?id=175491&SeqID=1889&type=2> (дата обращения 13.02.2021)

Специализированная литература:

17. Абдулаева К.К. Особенности обязательственного права мусульманских государств: Автореф... дис. кан. юрид. наук. – Казань, 2004 – 24 с.
18. Адель А. (пер.) Коран: перевод смысла аятов и их краткое толкование. Махачкала: ИД «НИКМА», 2020. – 604 с.
19. Алятудинов Ш.Р. Мусульманское право. Первый и второй уровни. – СПб.: «Издательство «ДИЛЯ», 2013. – 496 с.
20. Аскари С. Коран и Сунна. – М.: «Садра», 2015. – 328 с.
21. Ахкубекова Ж.Д. Некоторые вопросы, связанные с особенностями регулирования обязательств с участием исламских банков по мусульманскому праву // Бизнес в законе. 2012. № 6. С. 25-31.
22. Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. – СПб.: «Издательство «ДИЛЯ», 2009. – 512 с.
23. Матиас Роэ. Исламское право: история и современность. – М.: Медина, 2019. – 576 с.

24. Рахманов А.Р. Исламское право : учебник для вузов – Уфа : 2010. – 294 с.
25. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право собственности: юридическое осмысление религиозных постулатов // Отечественные записки. 2004. № 6. С. 56-64.
26. Сюкияйнен Л.Р. Основы теории исламского права: учеб. пособие – М., 2020. – 170 с.
27. Benjelayed K. Islamic Contract Law // IALS, University of London, 2012, - pp. 1-37.
28. Carol L., Saudi Arabian Contract Law: A Comparative Perspective // St Thomas Law Forum, 2, 1990, pp. 69-96.
29. Chrisna H., Efrizah D., The Study of Review of Halal Buying and Selling Transactions // 1ST INTERNATIONAL HALAL CONFERENCE & EXHIBITION, 2019, pp. 112-119.
30. Choudhury N/ Obligations in the Contract of Sale^ Islamic Law and Common Law Perspective// SSRN, 2011. Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950251. (дата обращения 13.02.2021).
31. Ewan McKendrick, et al, Sale of Goods (London: LLP Professional Publishing, 2000, – p. 978.
32. Mohammad N. Principles of Islamic Contract Law // Journal of Law and Religion, Vol. 6, No. 1 (1998), pp. 115-130.
33. Rayner S. A Note on Force Majeure in Islamic Law // Arab Law Quarterly Vol. 6, No. 1, 1991, pp. 86-89.
34. Saleh N. Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws // Arab Law Quarterly Vol. 4, No. 4 (Nov., 1989), pp. 269-290.
35. Wahbah Zuhayli, Al-Fiqh al Islami was adillatuh, vol. 4 & 5, (Damascus: Dar al Fikr, 1984) [Translated by Mahmoud A. El-Gamal into English “Financial Transactions in Islamic Jurisprudence” (Damascus: Dar al-Fikr, 2003)].

Иные источники:

36. تيندملا دوقعلما. URL: <http://malsaleh-law.com/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A%D8%A9/>. (дата обращения 01.11.2020.)
37. Formation of Contracts and Its Legal Effects. URL: <https://islamicbankers.files.wordpress.com/2015/09/cil-ilt-lecture-2.pdf> (дата обращения 10.10.2020).
38. Islamic Contract Law. URL: <http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2011/03/3-Contract-Law-04-04-09-Read-Only1.pdf>. (дата обращения 13.10.2020).



УДК 343.535

Осокин Александр Владиславович
(osokin2001@yandex.ru)

студент 2 курса бакалавриата
Юридического факультета
Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова

Osokin Alexander

2nd- year student of bachelor program
Faculty of Law
Lomonosov Moscow State University

Научный руководитель:

Денисов Дмитрий Сергеевич

ассистент кафедры истории государства и
права Юридического факультета
Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Dmitry Denisov

assistant of the Department of History of State
and Law of Law Faculty
Lomonosov Moscow State University

ПОСЛЕДСТВИЯ ИМУЩЕСТВЕННОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ФИЗИЧЕСКОГО ЛИЦА В РИМСКОМ ПРАВЕ

CONSEQUENCES OF PROPRIETARY INSOLVENCY OF A NATURAL PERSON IN ROMAN LAW

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются особенности имущественной несостоятельности физического лица на различных этапах римской юриспруденции. Показана эволюция основных механизмов, направленных на защиту интересов кредиторов при обращении взыскания на личность, а затем имущество должника. Выделяются и описываются характерные особенности порядка реализации имущества должника, правового статуса несостоятельного должника и участия государства в таком производстве. Выявляются общие тенденции последствий имущественной несостоятельности физического лица на протяжении всех этапов развития римского права.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *римское право, имущественная несостоятельность, несостоятельный должник, защита прав кредиторов, конкурсная масса, личные и имущественные взыскания.*

ANNOTATION: This article is devoted to the discussion of features of proprietary insolvency of a natural person during the development of roman jurisprudence. The evolution of key mechanisms aimed on protection of creditors' property interests while penalizing the personality of a debtor and his property is shown. Peculiarities of debtor's property sell, legal status of an insolvent and participation of the state in such proceedings and extracted and described. General tendencies of proprietary insolvency consequences during whole part of roman jurisprudence development are found.

KEYWORDS: *roman law, proprietary insolvency, insolvent debtor, creditors' rights protection, bankruptcy estate, personal and proprietary penalties.*

Исследование римского права как рациональной, универсальной системы позволяет понять механизм производства против несостоятельного должника; его основные принципы, выработанные на протяжении веков развития римской юриспруденции; способы распределения имущества несостоятельного должника при различных обстоятельствах, к которым римское право проявляло особый интерес; способы защиты прав кредиторов при обращении взыскания на имущество должника. В данном исследовании будет рассмотрена имущественная несостоятельность именно физического лица, так как в римском праве не существовало юридических лиц в современном правовом понимании. По утверждению русского правоведа Н.С. Суворова, «в дошедших до нас систематических изложениях начал римского права мы не найдем особой рубрики о ... [юридических лицах]. Деление на физических и юридических лиц явилось не в римской, а в позднейшей юриспруденции»¹. Следовательно, исторически и юридически правильным будет рассмотрение развития конкурсного про-

¹ Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. – М.: «Статут». 2000. С. 29.

**ПОНИМАНИЕ ОСНОВНЫХ
ПОСЛЕДСТВИЙ ИМУЩЕСТВЕННОЙ
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ФИЗИЧЕСКОГО
ЛИЦА ПОЗВОЛИТ ПРОСЛЕДИТЬ
ЭВОЛЮЦИЮ ПРАВОВОГО СТАТУСА
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА,
ОТНОШЕНИЯ РИМСКОЙ ПРАВОВОЙ
СИСТЕМЫ К ИМУЩЕСТВУ
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА
И ИЗМЕНЕНИЯ ОСНОВАНИЯ
ДЛЯ ОБРАЩЕНИЯ ВЗЫСКАНИЯ
НА ИМУЩЕСТВО И ЛИЧНОСТЬ
ДОЛЖНИКА**

цесса в отношении физических лиц, нормативное регулирование несостоятельности которых существовало еще в древних законодательствах. Таким образом, понимание основных последствий имущественной несостоятельности физического лица позволит проследить эволюцию правового статуса несостоятельного должника, отношения римской правовой системы к имуществу несостоятельного должника и изменения основания для обращения взыскания на имущество и личность должника.

При изучении памятников римского права необходимо использовать стандартные для романистики приемы: логический и системный методы толкования для понимания содержания института и определения его в системе римского частного права, а также исторический метод толкования для наблюдения эволюции последствий имущественной несостоятельности физического лица. Необходимо также использовать понятийный аппарат, свойственный цивилистической догме, не прибегая по мере возможностей к использованию современной юридической терминологии.

Литература, посвященная имущественной несостоятельности в римском праве, не столь богата. Значительная часть фундаментальных исследований в сфере конкурсного процесса была проведена еще дореволюционными учеными:

Г.Ф. Шершеневичем, К.И. Малышевым. Из зарубежных исследователей стоит отметить статью «Ранняя история права банкротства» американского исследователя римского права Луиса Эдварда Левинатала, где автор описывает исторические системы банкротства, выделяя особенности каждой из них и уделяя значительное внимание раскрытию основных положений римского конкурсного процесса и института несостоятельности. Необходимо обратить внимание на работы советских цивилистов (О.С. Иоффе, И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский), исследовавших римское право. Среди современных ученых-юристов стоит отметить учебник профессора Д.В. Дождева, затрагивающий вопросы имущественной несостоятельности. Значительная часть исследования будет базироваться на нормативном материале, содержащемся в источниках римского права: в Законах 12 таблиц, в сочинениях римских юристов и Дигестах Юстиниана, которые, по утверждению профессора И.С. Перетерского, «стали последним памятником римского права, сохранившим черты наивысшего развития права юристов»².

**1. Последствия неисполнения должником
обязательств в доклассический
(архаический) период**

Прежде чем приступать к исследованию последствий имущественной несостоятельности физического лица, целесообразно выделить периоды развития римской юриспруденции, в каждом из которых будет отражено развитие последствий неисполнения должником обязательств и институтов, позволявших обеспечить соблюдение баланса интересов кредиторов и должника в случае неисполнения обязательства без самоуправства со стороны первых и недобросовестности последнего.

Наиболее распространенной периодизацией истории римского права является классификация советского цивилиста О.С. Иоффе, который выделял 3 периода: «Период доклассического (архаического) римского права, рассчитанного на патриархально-натуральное хозяйство и лишь постепенно преобразуемого соответственно усилившейся роли товарно-денежных отношений

² Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана: Очерки по истории составления и общая характеристика. Москва, 1956. С. 98.

(VIII в. н.э. – I в. н.э.). Классический период приспособился к развитому торговому обороту при все более расширяющемся рынке в условиях захвата новых земель (I в. н.э. – III в. н.э.). Постклассический период отличается не столько содержанием права, сколько его системностью, представленной в кодифицированном виде (IV в. н.э. – VI в. н.э.)»³.

Несмотря на наличие большого количества альтернативных периодизаций, целесообразным в рамках данного исследования является использование периодизации О.С. Иоффе. Она отражает общие тенденции, которые были свойственны последствиям неисполнения должником своих обязательств, чье содержание менялось в зависимости от конкретно-исторической ситуации, зависящей от развития товарно-денежных отношений и существующей в обществе парадигмы мышления.

В Законы 12 таблиц⁴ (далее – Законы) было включено множество обычаев, прежде сформулированных римлянами. Одним из них стал обычай *manus injectio*, сформировавшийся под влиянием архаических условий жизни и впоследствии ставший частью Законов. *Manus injectio* представлял собой «наложение руки» на должника, символический акт дозволенной самопомощи, сопровождаемый торжественной формулой и наглядно показывающий, что кредитор по праву завладевает личностью должника.

При изучении текста Законов следует обратить внимание на III таблицу, посвященную производству против несостоятельного должника⁵. В ней установлен срок исполнения должником обязательства перед кредиторами, которые в случае несостоятельности первого применяли к нему *manus injectio*, когда вводили к себе и накладывали на него оковы. В течение шестидесятидневного заточения у кредиторов последние либо мирились с должником, либо трижды выводили его для продажи в базарный день. Если несостоятельного должника никто не выкупал, то кредитор (кредиторы) был вправе либо продать его за Тибр (то есть в рабство за пределы Рима), либо распоряд-

ТОЛЬКО В УСЛОВИЯХ
МНОЖЕСТВЕННОСТИ КРЕДИТОРОВ
CONCURSUS IUDICIUM ИМЕЕТ
СМЫСЛ, ВЕДЬ В ТАКОМ СЛУЧАЕ
ПРОИСХОДИТ CONCURS PARTES
HABEMUS (СТОЛКНОВЕНИЕ
ИНТЕРЕСОВ [КРЕДИТОРОВ]),
КОТОРОЕ РАЗРЕШАЕТСЯ
ПОСРЕДСТВОМ ЭФФЕКТИВНОГО И
СПРАВЕДЛИВОГО РАСПРЕДЕЛЕНИЯ
КОНКУРСНОЙ МАССЫ

даться его жизнью. В 6 пункте III таблицы Законов⁶ наличествует первый элемент *concursum iudicium*, применявшийся при неисполнении должником своих обязательств: «В третий базарный день пусть разрубят должника на части». Только в условиях множественности кредиторов *concursum iudicium* имеет смысл, ведь в таком случае происходит *concursum partes habemus* (столкновение интересов [кредиторов]), которое разрешается посредством эффективного и справедливого распределения конкурсной массы.

В научных кругах возникают споры, касающиеся толкования таблицы III Законов, устанавливающей наказание для несостоятельного должника в виде разрубания тела на части в пользу кредиторов. Пандектисты считают, что речь идет о «пропорциональном разделе имущества неоплатного должника между его кредиторами»⁷. Георг Филипп Гушке видел в этом положении процедуру равного дележа имущества неоплатного должника⁸. Христофор Христиан фон Дабелов считал, «что должник выдавался кредиторам до отработки долга, ведь вырученная таким образом сумма вместе со всем его имуществом делилась между собой соразмерно заявленным требованиям»⁹.

Профессор Г.Ф. Шершеневич и профессор К.И. Малышев высказывались в пользу буквального толкования данной нормы, так как в архаичной правовой системе наказание по принципу

³ Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Ленинград, 1975. С. 4.

⁴ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. Сост. В.А. Томсинов. М., 2004. С. 116.

⁵ Покровский И.А.. История римского права. Петроград, 1918. С. 87.

⁶ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. / Сост. В.А. Томсинов. М., 2004. С. 116.

⁷ Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. Санкт-Петербург, 1871. С. 4.

⁸ Huschke G.F. Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht. 1846. S. 213.

⁹ Dabelow C.C. Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. 1801. S.174.

талиона, когда взыскание обращается на личность должника как на имущество, обеспечивающее исполнение обязательства, «гармонизирует с целой системой долговых взысканий по древнему законодательству. Излишни попытки [пандектистов] придать норме риторическое значение»¹⁰. Более того, как указывает Г.Ф. Шершеневич, «римское право в своем отношении к несостоятельному должнику не остается одиноким: в Норвегии древнее право предоставляло кредитору возможность отрезать несостоятельному должнику ту или другую часть тела»¹¹.

Учитывая вышеприведенные обстоятельства, нельзя говорить о распределении имущества несостоятельного должника по конкурсу на доклассическом этапе развития римской юриспруденции, так как в Законах появились только его первые упоминания. Профессор Л.Э. Левинталъ указывает, что «все системы банкротства, независимо от времени или места своего существования, имели два признака: во-первых, это множественность кредиторов у одного должника, а во-вторых, это имущественное исполнение должником своих обязательств перед кредиторами»¹². Русский правовед Г.Ф. Шершеневич продолжает идею Левинталя, указывая, что «в законодательстве древних народов тщетно искать следы производства против несостоятельного должника, которое зарождается только при обращении взыскания на имущество»¹³.

Такая ситуация объясняется тем, что Древний Рим не отличался богатством, а должники-плебеи были людьми бедными, чем и обуславливался их частый самозаклад (пехит, то есть процедура оформления долга) в обеспечение исполнения договоров. В случае неплатежеспособности должника кредиторы обращали взыскание на его личность, если не смогли реализовать его на «публичных торгах» в базарные дни. Эту правовую норму воспроизвел древнеримский писатель Авл Геллий в «Аттических ночах», где помимо самой нормы он указал, что «не может быть ничего более дикого, более отдаленного от человеческой нату-

ры, чем то, что члены и суставы несостоятельного должника жесточайшим образом разрывались, точь-в-точь как продаются вещи по частям»¹⁴.

Однако, несмотря на жестокость и ужасность наказания, оговаривается, что «суровость кары за преступление – мера, способствующая организации хорошей и надежной жизни»¹⁵, приводя в пример санкцию за предательство Альбы Меттия Фуфетия¹⁶. Кроме того, несостоятельный должник, будучи пехит'ом, мог быть отдан кредиторам на отработку долга.

При такой правовой базе, созданной Законом и практикой их применения, когда кредиторы обходили законы, вследствие чего имели безграничные права против своих должников, реакция против личных мер взыскания оказалась неизбежной. У римского историка Тита Ливия в «Истории Рима от основания города» приводятся разнообразные примеры бесчеловечного отношения кредиторов к должнику, сформировавшегося в течение нескольких веков. Ливий лаконично и точно описывает ситуацию, сложившуюся со стариком-центурионом. Из-за долга он сначала лишился своего имущества («отцова и дедова поля»), а потом «долг, подобно заразе, въелся в само его тело»¹⁷. Очевидно, что права кредиторов по отношению к должникам не только оставались безграничными, но и не собирались становиться ограниченными.

Однако вскоре, как выразился Ливий, «гнусное попрание прав одного человека привело к падению оков долговой кабалы»¹⁸. Причиной изменения законодательства стало «соединение в Луции Папирии распутности с исключительной жестокостью»¹⁹. Кредитору в отработку долга был отдан Гай Публилий, молодой юноша, которого Папирий попытался совратить. На отказ юноши последовало битье розгами, после которого Публилий вырвался на улицу и обвинил на форуме ростовщика в жестокости. В результате народного бунта и последующего обсуждения данного случая в 326 г. до н.э. был принят *lex Poetelia Papiria*²⁰, который запретил личную расправу над неоплат-

¹⁰ Малышев К.И. Указ. соч. С. 4-5.

¹¹ Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 3.

¹² Louis Edward Levinthal: The Early History of Bankruptcy Law. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. P.225.

¹³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 1.

¹⁴ Авл Геллий. Аттические ночи (20, 1, 19).

¹⁵ Авл Геллий. Указ. соч. (20, 1, 51).

¹⁶ Авл Геллий. Указ. соч. (20, 1, 54-55).

¹⁷ Тит Ливий. История Рима от основания города. Том 1. М., 1989. С. 81. (2, 23, 1-8).

¹⁸ Тит Ливий. Указ. соч. С. 392. (8, 28, 8).

¹⁹ Тит Ливий. Указ. соч. С. 392. (8, 28, 1-7).

²⁰ Тит Ливий. Указ. соч. С. 392. (8, 28, 8-9).

ным должником, заменил ее на имущественное взыскание, освободил от кабалы должников и запретил впредь их кабалить.

Таким образом, последствия неисполнения должником обязательств в доклассический период римской юриспруденции могут быть сведены к тому, что законодательство постепенно уходило от архаичного принципа «кто не может расплатиться с помощью своего кошелька, платит своей кожей» к тому, что по обязательствам отвечает имущество должника, а не его тело. Как верно отмечает Л.Э. Левинталь, «поскольку взыскание обращалось против личности, а не имущества должника, то не было очевидных причин для создания института несостоятельности». Однако с введением в действие *lex Poetelia Papiria* было ограничено всевластие кредиторов, которые больше не осуществляли *manus injectio* против личности *noxius*. Данное нововведение стало шагом к появлению полноценной процедуры обращения взыскания на имущество несостоятельного должника в форме *concursum partes habemus*. Кроме того, на стыке доклассического и классического периодов развития римской юриспруденции начинают складываться механизмы *concursum partes habemus*, которые в дальнейшем станут основой справедливого, эффективного и взаимовыгодного распределения имущества несостоятельного должника между кредиторами.

2. Последствия неисполнения должником обязательств в классический период

2.1. Появление имущественного взыскания против несостоятельного должника

Неизвестно, когда именно имущественное исполнение полностью вытеснило личное, однако такое изменение связано со многими процессами, происходившими с римским государством и обществом на рубеже тысячелетий. Прежде всего, это связано с развитием внутренней и внешней торговли, частыми взаимодействиями римской правовой системы и правовыми системами чужестранцев (палатинцев), усложнением товарно-денежных отношений. В совокупности

эти обстоятельства привели к формированию *ius gentium*, т.н. права народов, выработанного судебной практикой преторов в спорах между римлянами и палатинцами. Важной чертой *ius gentium* является то, что «право всеобщей коммерции» было свободно от формализма, присущего римской правовой культуре в доклассическом периоде. Оно основывалось на принципах *ratio naturalis*, «приноровленных к жизни»²¹, основанных на здравом смысле, естественном праве и равенстве субъектов, что делало *ius gentium* универсальной правовой системой, «объединяющей всех людей»²².

Тенденции развития права на рубеже тысячелетий не могли не повлиять на последствия неисполнения должником обязательств, приобретенные в классический период свои основные черты, принципы и институты. Взыскание обращалось преимущественно на имущество должника, а не на его личность, ведь личное взыскание не являлось эффективным в условиях развитых торговых отношений. Производство против несостоятельного должника перестало быть жестоким и архаичным, стало более гибким, диспозитивным для сторон, основанным на личной заинтересованности кредиторов и должника в исходе дела. Установились такие средства реализации имущества, как *venditio bonorum*. В производстве принимали участие кураторы, контролировавшие конкурсную массу, и магистры, распропадавшие ее. В этом периоде начало проявляться участие органов власти в производстве против несостоятельного должника, которое прежде было «*res familiaris*» тягущихся, «вмешательством государства не в свое дело»²³, так как теперь претор являлся участником процедуры обращения взыскания на имущество несостоятельного должника. Впервые должник мог самостоятельно инициировать производство с целью освобождения от санкций по отношению к своему правовому статусу. Наравне с интересом должника были предусмотрены и средства правовой защиты интересов кредиторов в форме *actio Pauliana*.

²¹ Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 2012. С. 27-29.

²² Кофанов Л.Л. Внешняя система римского права: право природы, право народов и коммерческое право в юридической мысли античности. М., 2015. С. 51.

²³ Малышев К.И. Указ. соч. С. 11.



2.2. Возбуждение производства и продажа имущества должника

Необходимо обозначить, каким образом началось производство против несостоятельного должника в классический период. Такое производство начиналось либо по инициативе кредиторов несостоятельного должника (*venditio bonorum*), либо по инициативе самого должника (*cessio bonorum*). Различные основания для производства несли за собой различные правовые последствия для правового статуса должника: в случае его намеренного уклонения от ответа по иску, а следовательно, от исполнения обязательства перед кредиторами он подвергался *infamia*. Тогда кредитор или кредиторы имели право обратиться к претору с просьбой о введении во владение имуществом укрывающегося должника в це-

лях обеспечения его сохранности перед *venditio bonorum* (Gaj, III, 78)²⁴. В случае множественности кредиторов претор назначал *curator bonorum*, который от лица кредиторов осуществлял *missio in possessionem*. Этот институт представлял собой право держания имущества должника под надзором кредиторов в лице *curator bonorum*. Кредиторы, введенные в *missio in possessionem*, не получали каких-либо правомочий собственности, однако они в течение 30 дней публично объявляли о *venditio bonorum*. Тем не менее из Институций Гая (Gaj., II, 154)²⁵ следует, что в течение срока *missio in possessionem* должник все еще мог рассчитаться с кредиторами и предотвратить *infamia*²⁶.

В случае невозможности «заключения мирового соглашения»²⁷, кредиторы избирали *magister*

²⁴ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 201.

²⁵ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 131.

²⁶ Правовое умаление чести, ограничение правоспособности, особенно в области судопроизводства; *Infamis* были лишены *ius suffragii*, *ius honorarum*, *ius militia*, *ius conubii*, *ius terra*.

²⁷ Термин используется условно: «мировое соглашение» в данном случае обозначает возможность кредиторов и должника договориться по поводу выплаты причитающегося долга.

bonorum, то есть лицо, при помощи которого имущество в течение 10 дней продавалось на публичных торгах. Как утверждает русский цивилист К.И. Малышев, «magister bonorum создавал *lex venditionis* (публикация о сроках и условиях продажи), вызывая желающих принять участие в торгах»²⁸. В случае нахождения bonorum emptor'a magister bonorum оптом продавал имущество должника первому, а претор утверждал правильность совершения и законность сделки (Gaj., 3, 79)²⁹. С этого момента bonorum emptor являлся общим преемником несостоятельного должника (Gaj., 2, 97-98)³⁰, считавшегося как бы умершим (Inst., 3, 25, 7)³¹.

На bonorum emptor'a переходили все права и обязательства несостоятельного должника. Покупатель имущества, в частности, должен был рассчитаться со всеми кредиторами соразмерно их требованиям до *venditio bonorum*. Как указывает профессор К.И. Малышев, «требования и иски должника против третьих лиц переходили также к должнику, он мог отыскать права своего предшественника. Он также является ответственным перед кредиторами за долги несостоятельного должника»³² [ведь при продаже emptor bonorum соглашался на уплату долга с процентом, оговоренным при продаже]. Здесь можно увидеть один из приемов римской юридической техники – фикцию, которая, как отмечает профессор А.М. Ширвиндт, «служит методом преодоления зависимости субъекта права от объективного нормативного порядка, существующего от природы»³³.

Действительно, в случае универсального правопреемства при продаже имущества несостоятельного должника посредством фикции реализуются одновременно две функции: во-первых, несостоятельный должник посредством признания как бы умершим исключается из системы экономических и частично из общественных отношений с целью обеспечения их стабильности и освобождения от «неэффективного» члена. Во-вторых, фикция в данном случае дает bonorum emptor'у возмож-

ность осуществлять эффективную хозяйственную деятельность как бы от лица несостоятельного должника, используя его средства производства. Фикция предполагала и существование специального инструментария, посредством которого универсальный правопреемник осуществлял защиту своих прав. Этими инструментами выступали *actio Rutiliana* и *actio Serviana*, существенной разницы между которыми не было. Единственной отличительной чертой было то, что при использовании *actio Rutiliana* несостоятельный должник оставался живым, а bonorum emptor вчинял свои требования посредством иска с перестановкой лиц, выступая как бы должником. *Actio Serviana* использовался в случае несостоятельности умершего человека: в таком случае bonorum emptor считался наследником³⁴.

Представляет интерес *actio Serviana*, который использовался для обращения взыскания на завещанное имущество несостоятельного умершего должника. Такой порядок обращения взыскания был предусмотрен римским правом, очевидно, с целью защиты имущественных интересов кредиторов, которым не удалось получить удовлетворения от умершего должника. В связи с этим профессор К.И. Малышев указывает, что «кредиторы наследодателя были бы поставлены в весьма невыгодное положение, если бы имущество их должника слилось в одну массу с имуществом наследника и они были бы вынуждены получить из этой массы удовлетворение по соразмерности с кредиторами наследника»³⁵. В Дигестах Юстиниана, окончательно утвердивших возможность такой процедуры, выработанной законодательством классического периода, находится титул (D. 42, 6)³⁶, посвященный *separatio bonorum*, процедуре, применявшейся для предотвращения слияния конкурсных масс двух разных должников в случае, когда такое слияние происходило по закону. Дигесты приводят конкретный казус (D. 42, 6, 1)³⁷, указывающий на необходимость *separatio bonorum* обремененного долгами на-

²⁸ Малышев К.И. Указ. соч. С. 24-25.

²⁹ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 201, 203.

³⁰ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 111, 113.

³¹ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 277.

³² Малышев К.И. Указ. соч. С. 25-26.

³³ Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве. Дисс. на соиск. уч. степ. канд. юрид. наук. М., 2011. С. 273.

³⁴ Римское частное право: учебник / Д.В. Дождев. М., 2014. С. 252.

³⁵ Малышев К.И. Указ. соч. С. 57.

³⁶ Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. В 8 тт. Т. 7. М., 2005.

³⁷ Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. В 8 тт. Т. 7. М., 2005.

**РИМСКОЕ ПРАВО ПРЕДУСМОТРЕЛО
ПРОДАЖУ ДВУХ РАЗЛИЧНЫХ
КОНКУРСНЫХ МАСС ИМУЩЕСТВА,
НО ОТ ОДНОГО ЛИЦА:
НЕСОСТОЯТЕЛЬНЫЙ НАСЛЕДНИК
ОТВЕЧАЛ СВОИМ ИМУЩЕСТВОМ
ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ ПЕРЕД
СВОИМИ КРЕДИТОРАМИ,
А ПОСРЕДСТВОМ ACTIO SERVIANA
ОН ВЫСТУПАЛ КАК БЫ ОТ ИМЕНИ
УМЕРШЕГО НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО
НАСЛЕДОДАТЕЛЯ ПЕРЕД
КРЕДИТОРАМИ ПОСЛЕДНЕГО**

следственного имущества от имущества самого несостоятельного должника-наследника, так как в случае их соединения будет причинен ущерб имущественным интересам разных кредиторов. Дигесты предупреждают кредиторов (D. 42, 6, 1)³⁸ от смешения имуществ, указывая, что кредиторы одного из должников могут получить меньше, так как живой должник либо неплатежеспособен, либо кредиторов против имущества должника оказывается больше. Поэтому римское право предусматривало продажу двух различных конкурсных масс имущества, но от одного лица: несостоятельный наследник отвечал своим имуществом по обязательствам перед своими кредиторами, а посредством *actio Serviana* он выступал как бы от имени умершего несостоятельного наследодателя перед кредиторами последнего.

Вторым способом обращения взыскания на имущество несостоятельного должника была *cessio bonorum*, то есть добровольная уступка должником (ответчиком) своего имущества кредиторам (истцам). Этот институт, введенный *lex Iulia [de cessio bonorum]*, который приписывается Юлию Цезарю или Августу, освобождал должника от *infamia* под присягой об отсутствии какой-либо иной собственности³⁹, оставляя его в системе экономических отношений и не ограничивая его

правоспособность. Дальнейшая процедура, как указывает Гай (Gaj., 3, 78)⁴⁰, осуществляется по правилам *venditio bonorum*. Говоря об остальных особенностях *cessio bonorum*, важно отметить, что «из жалости должнику оставлялись лишь необходимые средства для пропитания». Таким образом, можно говорить, что в классическом периоде при проведении процедуры несостоятельности по *cessio bonorum* начали защищаться и права должников, которых не делали обездоленными, а оставляли им жизненно необходимые блага.

Однако в классический период производство против несостоятельного должника было на стороне кредиторов: вне зависимости от способа обращения взыскания (*venditio* или *cessio bonorum*) и результатов реализации имущества на публичных торгах, если требования кредиторов не были удовлетворены в полном объеме, то за ними оставалось право повторно обратиться взыскание на новое имущество должника. Механизм *separatio bonorum*, заключавшийся в разделении имущества несостоятельного наследника, позволял максимально эффективно обеспечить удовлетворение имущественных требований различных кредиторов без причинения ущерба кому-либо из них. Данные обстоятельства свидетельствуют о сохранении зависимости должника от своих кредиторов, которые «были вправе снова просить у претора *missio in possessionem* и вторичной *venditio bonorum*»⁴¹, если у должника появлялось имущество, превышающее необходимые средства для проживания, а также право на *separatio bonorum* для соразмерного удовлетворения требований разных кредиторов, исключения смешения их требований.

2.3. Actio Pauliana как средство защиты интересов кредиторов

Помимо права на вторичную *venditio bonorum* при совершении должником действий *in fraudem creditorum*, при обращении взыскания на имущество несостоятельного должника кредиторам был предоставлен еще один специфический институт по защите их имущественных интересов – специальный иск *actio Pauliana*. Данное средство пра-

³⁸ Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. В 8 тт. Т. 7. М., 2005.

³⁹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 120.

⁴⁰ Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М., 1997. – С. 201.

⁴¹ Малышев К.И. Указ. соч. С. 29, 33.

новой защиты представляло собой возможность кредиторов от имени *curator bonorum* оспаривать действительность сделок должника, направленных на укрытие имущества до продажи на конкурсе, то есть совершенных во вред кредиторам. Появление способа оспаривания сделок в форме *actio Pauliana* связано непосредственно с кодификацией законодательства (D. 22, 1, 38, 4)⁴², проведенной Юстинианом, однако в классическом периоде существовало множество иных средств защиты имущественных прав кредиторов.

Как указывает пандектист Г. Дернбург⁴³, существовало 3 формы оспаривания сделок, которые по мере развития института несостоятельности эволюционировали в *actio Pauliana*. Среди них он выделяет *vindicatio utilis*, *interdictum fraudatorium* и *actio in factum*. Не вдаваясь в особенности их применения, необходимо отметить, что каждое из этих средств использовалось в конкретных обстоятельствах и конкретным субъектом. Часто при оспаривании действий должников случались противоречия, связанные с применением того или иного средства. Это запутывало кредиторов, удлиняло проведение процедуры несостоятельности, позволяло недобросовестному должнику реализовать свое имущество. Однако все формы оспаривания сделок были схожи между собой до степени смешения: профессор К.И. Малышев указывает, что единственное различие между этими средствами правовой защиты было только процессуальным: «*interdictum fraudatorium* имел в виду принудить ответчика удовлетворению истцов, *actio in factum* устанавливался с целью охраны права кредиторов, когда трудно было доказать намеренный обман кредиторов со стороны ответчика и, следовательно, осуществить *vindicatio utilis*»⁴⁴. Несмотря на то что *actio Pauliana* как институт появился лишь в кодификации Юстиниана, необходимо рассмотреть его в рамках классического периода. Именно в этих условиях сформировались все предпосылки по объединению нескольких форм защиты прав кредиторов от действий, совершенных несостоятельным долж-

ником им во вред, в единый иск, получивший название *actio Pauliana*.

Как верно утверждает Г. Дернбург, *actio Pauliana* «коренится исключительно в недобросовестности должника»⁴⁵. Однако для использования этого иска с целью признания сделок должника, направленных на причинение вреда имущественным интересам кредиторов, было необходимо соблюдение нескольких условий. Среди них необходимо отметить реальное отчуждение имущества должником, вследствие которого он имел намерение причинить вред интересам кредитора. *Actio Pauliana* был одним из видов личных исков (*actiones in personam*), который предъявлялся для выполнения обязательства перед кредиторами. В данном случае *curator bonorum* либо сами кредиторы предъявляли недобросовестному должнику или недобросовестному приобретателю отчужденного должником имущества требование о *restitutio ad integrum*, «чтобы поставить кредиторов в такое положение, как если бы отчуждения не было произведено [то есть признать сделку и ее последствия недействительной]»⁴⁶.

Важно отметить, что для предъявления *actio Pauliana* третьим лицам было необходимо, помимо доказывания ущерба для кредиторов, доказать также факт недобросовестного приобретения, когда покупателю «было известно намерение отчуждавшего должника»⁴⁷. Доказывание не требовалось, когда вещь была передана должником безвозмездно. Но в случае добросовестного приобретения, по мнению римского юриста Сабина⁴⁸, такой покупатель ответственности не подлежит. Иск мог быть предъявлен только по истечении года с момента возникновения у кредиторов права на его подачу, что исключало возможность полного возвращения отчужденного имущества и «ограничивалось размером действительного обогащения ответчика»⁴⁹.

В целом, классический период развития римского права можно охарактеризовать появлением основных принципов и механизмов обращения взыскания на имущество несостоятельного долж-

⁴² Более того, кодификация Юстиниана объединила все средства правовой защиты кредиторов в форме *actio Pauliana*.

⁴³ Генрих Дернбург. Пандекты. Обязательственное право. Т. 2. М., 1911. С. 372.

⁴⁴ Малышев К.И. Указ. соч. С. 44.

⁴⁵ Генрих Дернбург. Указ. соч. С. 373.

⁴⁶ Генрих Дернбург. Указ. соч. С. 375.

⁴⁷ Шершневич Г.Ф. Указ соч. С. 9.

⁴⁸ *Quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit /* ведь никто не считается обманываемым тех, кто осведомлен и согласен; D. 42, 8, 9. (Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. В 8 тт. Т. 7. М., 2005. С.).

⁴⁹ Генрих Дернбург. Указ. соч. С. 376.

**НЕСМОТЯ НА ВСЕ ЛЬГОТЫ
ДОЛЖНИКАМ, ПРОИЗВОДСТВО ПРОТИВ
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА
В ДРЕВНЕМ РИМЕ ОРИЕНТИРОВАЛОСЬ
ПРЕИМУЩЕСТВЕННО НА ИНТЕРЕСЫ
КРЕДИТОРОВ, А НЕ НА ИНТЕРЕСЫ
ДОЛЖНИКОВ, КОТОРЫЕ ПРАКТИЧЕСКИ
ВО ВСЕХ СЛУЧАЯХ ЛИШАЛИСЬ
ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА
СРЕДСТВА ПРОИЗВОДСТВА, ЧТО БЫЛО
ПОДОБНО НАКАЗАНИЮ, ТАК КАК
НЕСОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ДОЛЖНИК НЕ МОГ
ЭФФЕКТИВНО ФУНКЦИОНИРОВАТЬ
В СИСТЕМЕ ЭКОНОМИЧЕСКИХ
ОТНОШЕНИЙ**

ника. Римляне осознавали значимость проведения особой процедуры, направленной на соразмерное удовлетворение требований кредиторов и формирование конкурсной массы. Для обеспечения добросовестности сторон, исключения обращения взыскания на личность должника римское право выработало институты охранительных мер (*missio in possessionem*) до продажи имущества с публичных торгов (*venditio bonorum*), которыми руководили разные субъекты (*curator* и *magister bonorum*), что исключало возможное обращение незаконного взыскания на имущество должника, давая ему возможность заключить мировую сделку во избежание *infamia*. Участие представителей власти также обеспечивало законность действий, предпринимаемых в ходе производства против несостоятельного должника, так как *missio in possessionem*, *actio Pauliana*, *venditio bonorum* легализовывались через претора.

По сравнению с предыдущим периодом должник в классическую эпоху имел гораздо больше правомочий по защите своих личных и имущественных прав от произвола кредиторов посредством, например, *sessio bonorum*. Кредиторы также могли предотвращать посягательства должника на свои имущественные интересы путем оспаривания сделок должника, направлен-

ных на незаконное отчуждение имущества несостоятельного должника, которое должно войти в конкурсную массу. Несмотря на все льготы должникам, производство против несостоятельного должника в Древнем Риме ориентировалось преимущественно на интересы кредиторов, а не на интересы должников, которые практически во всех случаях лишались права собственности на средства производства, что было подобно наказанию, так как несостоятельный должник не мог эффективно функционировать в системе экономических отношений.

**3. Последствия неисполнения должником
обязательств в постклассический
(юстиниановский) период**

Последствия неисполнения обязательства в постклассический период развития римского права характеризовались замедлением производства, изменением его оснований и порядка реализации имущества несостоятельных должников, повышенным участием государства в таком производстве.

Профессор Г.Ф. Шершеневич верно утверждал, что «законодательство Юстиниана не только не внесло существенных изменений в конкурсное производство, но и вредно отразилось на скорости производства»⁵⁰. Прежде всего, рост продолжительности производства против несостоятельного должника связан с изданием Конституции Диоклетиана 294 г., которая «устанавливала *extraordinaria cognitio* в качестве общей и единственной формы процесса»⁵¹. Кроме того, для участия кредиторов в *missio in possessionem* давалось 2 года, если кредитор жил в одной провинции с должником, или 4 года, если он жил в другой⁵². Экстраординарное производство предполагало, помимо первой инстанции, наличие апелляционного обжалования. Апелляция откладывала вступление приговора в силу, что давало должнику возможность использовать право на обжалование, чтобы затянуть производство по делу. Удлинение сроков вступления кредиторов в *missio in possessionem* одновременно с наличием апелляционной инстанции затормаживало производство

⁵⁰ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 9.

⁵¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 167.

⁵² Малышев К.И. Указ. соч. С. 47.

против несостоятельного должника, что подрывало эффективность гражданского оборота, так как кредитор в течение долгого времени не мог получить удовлетворения, а должник, постоянно скрывавший свое имущество, не мог извлекать из него значительной выгоды. Как пишет профессор К.И. Малышев, «от местных чиновников, заведовавших судебными делами, тянулся целый ряд инстанций до двора самого императора. Даже самые простые и бесспорные дела находились в производстве по 18 лет только в одной инстанции»⁵³. Из данного факта следует, что судебная система, построенная Диоклетианом, являлась причиной простоя гражданского оборота, кризиса экономики как в поздней Римской империи, так и в Византии. Даже профессор И.А. Покровский отмечает, что бюрократизация общества, чрезмерное вмешательство государства в экономическую и общественную жизнь и, как выяснилось, неэффективная судебная система, не способная оперативно реагировать на нарушение прав, привели Византию к экономическому кризису⁵⁴. К.И. Малышев, критикуя законодательство Юстиниана о товарно-денежных отношениях⁵⁵, приходит к выводу о том, что плохие законы о кредите, ипотеке, несостоятельности и «дурное» устройство поземельных отношений стали одной из главных причин падения Византии, так как кредиторы теряли доверие к обеспечению долгов и терпели все горечи конкурсного производства. Анализируя вышеприведенные обстоятельства, можно сделать вывод, что нормативное регулирование экономических отношений в Византии привело к потере интереса к предпринимательской деятельности среди крупных хозяйствующих субъектов, которые понимали, что свои имущественные права и интересы придется защищать в течение долгого периода времени. Судебная защита стала поистине неэффективной, вследствие чего торговцам было выгоднее нести убытки от неполученных от должников денежных средств и имущества, чем защищать свои права в суде, обращая взыскания на имущество и обрекая свое дело на простой, что в тех условиях снижало экономическую и хозяйственную эффективность предприятия.

Несмотря на плачевность ситуации, вызванной законодательством постклассического периода в производстве против несостоятельного должника, законодателю удавалось принимать разумные шаги, направленные на обеспечение баланса интересов кредиторов и должника в производстве в случае неисполнения должником обязательства. К таким относится ограничение применения *cessio bonorum* случаями *vis maior*⁵⁶. Данное постановление, принятое в 379 году в правление Грациана, было направлено на ограничение недобросовестности должников, которые добровольно уступали кредиторам имущество, которое «лично им казалось ненужным». Недобросовестные должники одновременно скрывали наиболее ценное имущество и освобождались от *infamia*, так как по доброй воле уступали его кредиторам, что также подрывало доверие кредиторов к процедуре взыскания денежных средств с должника, тормозило экономическое развитие.

Необходимо также отметить основные изменения, коснувшиеся порядка реализации имущества должника. Вместо архаичной процедуры *venditio bonorum*, представлявшей собой отголовок *manus injectio*, так как имущество должника, как и должник до *lex Poetelia Papiria*, полностью продавалось только одному лицу (имущество как бы заменяло личность), появилась *distractio bonorum* (распродажа имущества по частям). Институты Юстиниана официально исключали *venditio bonorum* из использования (*Inst.*, 3, 12, 1), аргументируя такой шаг сменой ординарных судов на экстраординарные и обращая внимание на исключительность такой формы реализации имущества должника. Это подкреплялось конкретным казусом, когда женщина, увлекшаяся любовью к рабу, теряла свою свободу и юридическое бытие, что, по мнению коллегии Трибуниана, не соответствует временам.

Такой механизм реализации имущества должника не был эффективен, ведь проще и выгоднее было распродать имущество должника по отдельности, чтобы по возможности в полной мере удовлетворить требования кредиторов. Более того, должник по *distractio bonorum* не подвер-

⁵³ Малышев К.И. Указ. соч. С. 61.

⁵⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С. 161.

⁵⁵ Малышев К.И. Указ. соч. С. 62.

⁵⁶ Обстоятельствами непреодолимой силы, среди которых Малышев выделяет грабеж, кораблекрушение и пожар (Малышев К.И. Указ. соч. С. 34).

гался *infamia*. Обратим внимание на процедуру *distractio bonorum*, которая в постклассическом периоде стала единственно возможной для реализации имущества несостоятельного должника. Прежде всего, заменялось лицо, осуществляющее реализацию. Если прежде ее осуществлял *magister bonorum*, который «спекулировал на счет остатка [имущественного актива] после реализации имущества должника»⁵⁷, то теперь управляющим имуществом стал *curator bonorum*. Говоря о достоинствах этого института, стоит отметить, что это лицо соединило в себе полномочия *missio in possessionem* и *distractio bonorum*, что ранее осуществлялось *bonorum emptor* путем *venditio bonorum*. Кроме того, *curator bonorum* стал органом хозяйственного управления, попечителем имущества, который выступал в экономических отношениях как бы должником. Однако такая продажа была весьма выгодна для покупателя, ведь она, как и *cessio bonorum*, не влекла за собой *infamia*, а также предусматривала возвращение должнику остатка, если из продажи было выручено более, чем необходимо на покрытие долгов. В эпоху Юстиниана *curator bonorum* начал выбираться голосованием кредиторов и утверждаться судом. Законодатель позаботился о том, чтобы *curator bonorum* был предельно беспристрастным и добросовестным: «В присутствии маклера, удостоверявшего количество вырученных средств, и казначея местной церкви *curator*, выступавший в данном случае продавцом, давал клятву, что не дружил с покупателями и продал имущество за настоящую цену»⁵⁸. Таким образом, закон заботился не только о добросовестности попечителя имущества, но и об имущественных правах и интересах кредиторов, ведь продажа в розницу была более выгодной.

Излишнее вмешательство государства в процедуру имущественной несостоятельности должника выражалось, *inter alia*, в помещении его, за исключением случаев *cessio bonorum*, в общественные долговые тюрьмы, а также в применении пыток для разыскания имущества. Производство стало неэффективным, так как медлительность процедур и судебной системы затрудняли возможность удовлетворения требований кредито-

ров в кратчайший срок, что являлось преградой к осуществлению торгово-экономической деятельности, построенной на постоянном обороте денежных средств.

Заключение

Рассмотрев последствия имущественной несостоятельности физического лица в правовой системе Древнего Рима можно сделать следующие выводы:

1. Переход от личного к имущественному взысканию, от репрессии к реабилитации должника при существовании приоритетов для кредиторов. Основным моментом в развитии последствий имущественной несостоятельности в римском праве стоит отметить переход взыскания с тела должника на его имущество, что обуславливалось развитием гражданского и торгового оборота Рима, когда обращение взыскания на личность было неэффективным, так как было гораздо выгоднее получить имущественное удовлетворение, которое впоследствии могло быть использовано для нужд хозяйствующего субъекта. В целях наиболее эффективного распределения имущества для удовлетворения требований кредиторов были выработаны процедуры *separatio bonorum* и *venditio bonorum*, которая могла инициироваться неограниченное количество раз для полного удовлетворения требований кредиторов. Стоит отметить, что законодательство впервые допустило смягчение последствий имущественной несостоятельности должника, когда он сам мог посредством *cessio bonorum* уступить все свое имущество кредиторам, вследствие чего должник не подвергался *infamia*, а кредиторы не могли просить у претора о повторном обращении взыскания на появившееся у должника имущество.

Появилась процедура *distractio bonorum*, предполагавшая не оптовую *venditio bonorum*, а розничную продажу, при которой имущество оставалось у должника, пока требования кредиторов не будут полностью удовлетворены. Несостоятельный должник при *distractio bonorum* мог рассчитывать на оставление за ним имущества, необходимого для обеспечения нормальной жизнедеятельности. Римское право в классическом и

⁵⁷ Малышев К.И. Указ. соч. С. 37.

⁵⁸ Малышев К.И. Указ. соч. С. 48.

постклассическом периодах окончательно перешло к имущественному исполнению обязательств несостоятельного должника перед кредиторами с первыми попытками сохранить имущественное благосостояние должника, чтобы не исключать его из системы экономических отношений, а дать ему попытку вернуться в условия, существовавшие до банкротства, без *infamia*.

Однако положение кредиторов на протяжении развития всего римского права оставалось привилегированным: именно по их инициативе обращалось взыскание на имущество несостоятельного должника, они назначали *bonorum curator*'а, *bonorum emptor*'а, просили претора о совершении юридически значимых действий, связанных с завершением процедуры обращения взыскания. Однако законодательство Юстиниана, несмотря на возможность наиболее полного удовлетворения требований кредиторов, давало должникам значительные льготы, которые негативно отразились на состоянии экономики, так как кредиторы не могли отстаивать свои интересы при имущественной несостоятельности своих контрагентов, что в совокупности с другими обстоятельствами привело к экономическому кризису в Византии.

2. Участие государства в производстве против несостоятельного должника. Важным изменением в процедуре обращения взыскания на имущество несостоятельного должника было участие государства как гаранта законности проведения процедуры и добросовестности сторон. В архаическом периоде участие государства в процедуре взыскания долгов в случае имущественной

несостоятельности было вмешательством не в свое дело, *res familiaris*. Однако в классическом и постклассическом периодах многое изменилось: в процедуре обращения взыскания на имущество несостоятельного должника принимал участие претор, к которому стороны (в основном кредиторы) обращались для проведения специальных процедур (*missio in possessionem*, *separatio bonorum*, *emptio bonorum*) и который удостоверял законность всех процедур, имуществом управлял *curator bonorum*, а распродал *emptor bonorum*. При Юстиниане в *distractio bonorum*, помимо *curator bonorum*, участвовал также маклер и казначей местной церкви, которые были дополнительными гарантами добросовестности сторон. Получается, что по мере развития общества и экономики государство активнее вмешивалось в процедуру обращения взыскания на имущество должника, чтобы предотвратить всякие действия сторон, направленные на причинение вреда имущественным интересам стороны.

С другой стороны, повсеместное государственное участие в частных делах, реформа судебной системы сделали разбирательство максимально неэффективным, так как процедура обращения взыскания на имущество несостоятельного должника значительно удлинялась, что подрывало основы хозяйственной деятельности. Следовательно, польза от участия государства в производстве против несостоятельного должника является спорной, ведь необходимо соблюдать баланс частных и публичных интересов, а не произвольно вмешиваться в экономические отношения.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Авл Геллий. Аттические ночи. / Пер. с лат. Трентенко Б., Шатрова Г.М. / Под ред. Шатрова Г.М. – М.: Водолей, 1993. – 208 с.
2. Гай. Институции. / Пер. с лат. Ф. Дыдынского. / Под. ред. В.А. Савельева, Л.Л. Кофанова. – М.: Юристъ, 1997. – 368 с.
3. Дигесты Юстиниана / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. В 8 тт. М.: Статут, 2001–2006. (Полный латинский текст с полным параллельным русским переводом).
4. Институции Юстиниана / Пер. с лат. Д. Расснера. / Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова – М.: Зерцало, 1998. – 400 с.
5. Тит Ливий. История Рима от основания города. Том 1. / Пер. с лат. М.Л. Гаспарова, Г.С. Кнабе. / Отв. ред. Е.С. Голубцова – Изд-во «Наука» М., 1989. – С. 504.
6. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран (Древность и Средние века) / Составитель: доктор юридических наук, профессор В.А. Томсинов. – М.: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2004. – 560 с.
7. Генрих Дернбург. Пандекты. Обязательственное право. Т. 2 / Пер. с нем. П. Соколовского. / Под ред. А. Ворсма и И. Вульфберта – Москва, 1911. – 396 с.
8. Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. – Ленинград, из-во Ленинградского ун-та. – 1975. – 156 с.

9. Кофанов Л.Л. Внешняя система римского права: право природы, право народов и коммерческое право в юридической мысли античности. – М.: Статут, 2015. – 192 с.
10. Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. – Санкт-Петербург, 1871. – 456 с.
11. Перетерский И.С. Дигесты Юстиниана: Очерки по истории составления и общая характеристика. – М.: Госюриздат, 1956. – 129 с.
12. Покровский И.А. История римского права. – 4-е изд. – Петроград, 1918. – 430 с.
13. Римское частное право: учебник / Д.В. Дождев; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма : ИНФРА-М, 2014. – 784 с.
14. Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2012. – 560 с.
15. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. – М.: «Статут». 2000. – 299 с.
16. Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. – 447 с.
17. Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве. Дисс. на соиск. ст. канд. юрид. наук. М., 2011. 306 с.
18. Louis Edward Levinthal: The Early History of Bankruptcy Law / University of Pennsylvania Law Review and American Law Register Vol. 66, No. 5/6 (Apr., 1918), pp. 223-250 (28 pages).
19. Huschke G.F. Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht. 1846. 281 s.
20. Dabelow C.C. Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concourse der Gläubiger. 1801. 812 s.



УДК 347.78

Прошина Яна Константиновна
(yana.k.proshina@gmail.com)

студент 3 курса бакалавриата
Юридического Факультета
Московского Государственного
Университета

Yana Konstantinovna Proshina

3d-year student of bachelor
program Faculty of Law
Lomonosov Moscow State
University

Научный руководитель:

Третьяков Сергей Васильевич

кандидат юридических наук, доцент
кафедры гражданского права
Юридического Факультета
Московского Государственного
Университета им. М. В. Ломоносова

Academic supervisor:

Sergei Vasilyevich Tretyakov

PhD in Law, Associate professor of Civil Law
Department, Faculty of Law, Lomonosov
Moscow State University

ПРИРОДА ПРАВА ВЫГОДОПРИБРЕТАТЕЛЯ ВО ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

THE NATURE OF THE BENEFICIARY RIGHTS IN FRENCH JURISDICTION

АННОТАЦИЯ: Статья посвящена развитию договора в пользу третьего лица в континентальной правовой традиции со времен римского права и до наших дней. Первоочередное внимание уделено природе права третьего лица в договоре, заключенном в его пользу. Актуальность исследования заключается в том, что формирование научных взглядов на природу прав выгодоприобретателя определяющим образом влияет на законодательное регулирование соответствующих договоров. Проводится анализ теоретических и практических подходов к определению сущности такого права, развивавшихся во Франции, их достоинства и недостатки.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: выгодоприобретатель, бенефициар, право выгодоприобретателя, договор в пользу третьего лица, промиссар, промитент, дестинатор.

ANNOTATION: The article is dedicated to the evolution of the third-party contract concept in the civil law tradition from Roman law till present time. The primary attention is paid to the legal nature of the beneficiary rights in the third-party contracts. The importance of the study is that theoretical approaches to the nature such rights determine the legal regulation of third-party contracts. The author explores both theoretical and practical explanations existing in French law. The article contains analysis of advantages and disadvantages of such, as well as comparison between them.

KEYWORDS: third-party beneficiary, beneficiary rights, third-party contract, promisor, promisee, destinator.

Развитие института договора в пользу третьего лица в континентальной правовой традиции следует рассмотреть начиная с римского права, хотя и стоит оговориться, что конструкция договора в пользу третьего лица или, точнее, ее прообраз, существовал в обычном праве народов Европы и широко применялся вплоть до рецепции римского права. Итак, классическое римское право не признавало возможность приобретения права по договору лицом, которое не является его стороной. Римское право ранних периодов по своей сути являлось очень образным и вместе с тем достаточно предметным, что вполне соотносится с мышлением человека на том историческом этапе. Это видно, в частности, и из конкретных формальных действий, принятых первоначально при заключении сделок. И хотя со временем формализация права ослабилась, образность понимания обязательств как неких уз, связывающих должника и кредитора едва ли не осязаемой связью, не исчезла совсем.

В такой парадигме обязательственных отношений, где обязательство носит исключительно личный характер, крайне сложно убедительно обосновать и даже представить себе осмысление права третьего лица из договора кредитора и должника. На это же указывает и Рейнхард Циммерман, говоря, что правовой эффект в понимании юристов Древнего Рима не отделим от юридических актов лиц, чья воля направ-

лена на достижение такого эффекта, потому лицо и не могло приобретать каких-либо прав, не являясь стороной договора¹. Важным правовым аргументом, отрицающим право выгодоприобретателя, являлось отсутствие как такового интереса кредитора в исполнении в пользу третьего лица или, во всяком случае, невозможность его денежной оценки в понимании римских юристов. Поэтому присуждение было невозможно в соответствии с принципом *omnis condemnatio pecuniaria*.

Первоначально из существующих правил не было исключений: как отмечает Пляниоль, использование, например, *adjectus solutionis gratia* для создания правового эффекта в пользу третьего лица ни коим образом не отменяло общее правило и являлось лишь «паллиативом»². Позднее в римском праве появились и собственно исключения: третье лицо наделялось правом самостоятельного предъявления производного иска при дарении с возложением или возврате приданого. Причем можно заметить, что исторические примеры такого рода исключений подразумевают фидуциарный характер отношений между субъектами. Примечательно, что в настоящее время сфера применения этой конструкции значительно шире и не ограничивается одними лишь фидуциарными отношениями. На эту же особенность в виде фидуциарного характера обязательства указывали и Хайн Кетц, и Конрад Цвайгерт, подчёркивая, что полноценного самостоятельного права третьего лица в Риме сформироваться не могло³.

Таким образом, римское право, за редким исключением, не признавало договоры в пользу третьего лица, так как в этом договоре не существовало измеримого интереса кредитора, который мог бы

подлежать защите, и в целом данная конструкция противоречила личному характеру обязательства.

Французский порядок, хотя и наследовал римскому, воспринял конструкцию договора в пользу третьего лица несколько иначе. С развитием оборота воззрения на природу права выгодоприобретателя эволюционировали и в значительной степени отошли от римских истоков. Французский гражданский кодекс в ст. 1119 устанавливает, что по общему правилу от своего имени лицо может оговаривать условия лишь в отношении себя самого, однако согласно ст. 1121 возможно предусмотреть оговорку в поль-

зу третьего лица в определенных случаях, когда лицо заключает соглашение в отношении самого себя или совершает дарение. Уже эти исключения сами по себе расширили сферу применения договоров в пользу третьего лица по сравнению с римским правом, поскольку приложение такой конструкции не ограничивается фидуциарными обязательствами. Дальнейшее распространение этой конструкции, как

отмечает Морандьер, стало возможным за счет расширительного толкования текста ст. 1121 ФГК судами⁴. Жизненные обстоятельства требовали от судов все шире трактовать исключения, в противном случае договоры страхования жизни или страхования на случай смерти, которыми предусматривается выплата денежных средств третьему лицу в случае смерти застрахованного лица, юридически были бы невозможными. При этом французские судьи и юристы также приняли во внимание сформулированный еще в римском праве критерий интереса выговаривающей стороны, то есть кредитора, однако интерпретировали его совсем иным образом.

**И ХОТЯ СО ВРЕМЕНЕМ
ФОРМАЛИЗАЦИЯ ПРАВА
ОСЛАБИЛАСЬ, ОБРАЗНОСТЬ
ПОНИМАНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ
КАК НЕКИХ УЗ,
СВЯЗЫВАЮЩИХ ДОЛЖНИКА
И КРЕДИТОРА ЕДВА ЛИ
НЕ ОСЯЗАЕМОЙ СВЯЗЬЮ,
НЕ ИСЧЕЗЛА СОВСЕМ**

¹ Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1992. – p. 35

² Пляниоль М. Курс французского гражданского права: Ч. 1: Теория об обязательствах; Ч. 2: Договоры. Перевод с французского. Ч. 1-2: Вып. 1-6 / Пер. и предисл.: Гартман В.Ю. – Петроков: Изд. тип. С. Панского, 1911. – с. 443

³ Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. В 2-х томах: Перевод с немецкого. Т. 2 / Кетц Х., Цвайгерт К. - М.: Междунар. отношения, 2000. – с. 182

⁴ Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции [Том 2] / Перевод с французского и вступительная статья доктора юридических наук Е.А. Флейшиц. – М.: Издательство иностранной литературы, 1960. – Доп. тит. л.: *Précis de droit civil. T. 2. Par Léon Julliot de la Morandière. Dalloz, 1957. (Petits précis Dalloz).* – с. 366

Они пришли к выводу, что интерес кредитора в предоставлении в пользу третьего лица не обязательно должен иметь денежное или иное материальное выражение, он может быть любым, в том числе моральным⁵. Сам факт воли кредитора заключить договор в пользу третьего лица свидетельствует о наличии такого интереса, поскольку разумное лицо не будет заключать договор, не имея в этом заинтересованности. Очевидно, такое обоснование представляется несколько закольцованным, поэтому само по себе оно не могло дать объяснения многим теоретическим вопросам, которые неизбежно возникали по мере распространения договоров в пользу третьих лиц. Французская юридическая доктрина выработала следующие основные подходы к природе права выгодоприобретателя, которые различаются по двум критериям: каким образом возникает это право и от кого оно приобретено.

Наиболее консервативной с точки зрения соответствия устоявшимся в праве подходам является конструкция предложения, поскольку в рамках этой конструкции исследователи пытались обосновать допустимость договоров в пользу третьего лица, не отвергая абсолютно личного характера обязательств. Эта концепция была разработана франко-бельгийским ученым Франсуа Лораном, который, касаясь вопросов договора в пользу третьего лица, стремился вписать их в общую парадигму гражданского права⁶. Согласно этому подходу в действительности право первоначально возникает у стороны по договору, которая его выговорила, и лишь в момент, когда третье лицо изъявляет желание воспользоваться правом, оно переходит к нему в порядке уступки.

Договор в пользу третьего лица распадается на два договора, различающихся субъектным составом, и право выгодоприобретателя возникает в действительности не из договора между должником и кредитором, а из договора между выгодоприобретателем и кредитором, порожденным предложением. Достоинством такого подхода является высокая теоретическая проработка и со-

ответствие существующей системе гражданского права. Недостатком же является закономерная сложность в практическом применении. Как демонстрирует профессор Годэмэ на примере договора страхования, последовательное применение теории предложения приводило бы к выводам, противоречащим цели договора. В частности, отпадение предложения в связи со смертью лица, выговорившего права, по сути, противоречит целям страхования на случай смерти⁷. Кроме того, тот факт, что до принятия предложения требование принадлежит кредитору, ставит выгодоприобретателя в уязвимое положение перед иными кредиторами и наследниками лица, выговорившего право. В частности, Пляниоль, выдвигая возражения в пользу этой теории, говорит о неприемлемости попадания предмета договора в имущественную сферу выговаривающего, ведь тогда при несостоятельности выговаривающего выгодоприобретатель вынужден претерпевать неблагоприятные последствия наряду с другими кредиторами⁸. Поэтому судьи модернизировали конструкцию предложения, наделив его обратным эффектом и признавая право выгодоприобретателя, возникшим со дня заключения договора должником и кредитором⁹. И хотя адаптированная конструкция была жизнеспособна на практике, потребность в подобных компромиссах не могла не вызывать критику отдельных исследователей, что стало движущей силой разработки иных воззрений.

Вторым распространенным подходом является ведение дел без поручения. Выговаривающее право лицо будто занимает положение гестора, поэтому право возникает непосредственно у выгодоприобретателя с самого начала. Данная конструкция была обоснована Лаббе: на примере покупки недвижимой вещи он демонстрирует, что из действий выговаривающего и характера последствий, приобретаемых выгодоприобретателем, можно сделать вывод, что договор в пользу третьего лица по своей сути является частным случаем действия в чужом интересе без поручения¹⁰. Можно отметить, что гипотеза Лаббе стро-

⁵ Arrêt du 16 janvier 1888, Cour de Cassation, Chambre civile, S. 88 1. 77

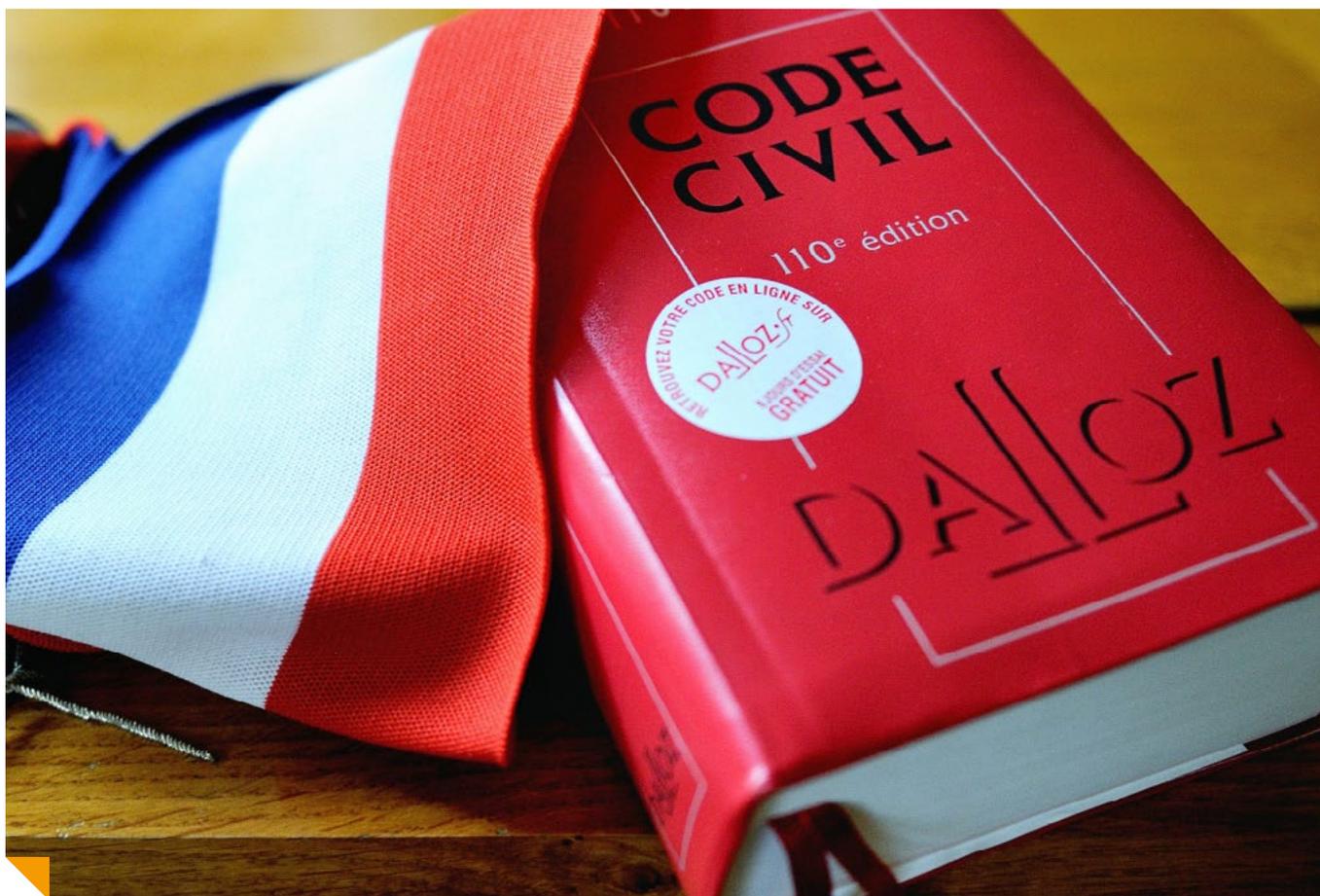
⁶ F. Laurent. *Principes de Droit Civil*. T. 15. 1878, p. 638-639

⁷ Годэмэ Е. *Общая теория обязательств* / Перевод с французского И.Б. Новицкого. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. – (Всесоюзный институт юридических наук Министерства юстиции СССР. Ученые труды; Выпуск XIII) – с. 255

⁸ Пляниоль М. *op. cit.* – с. 447

⁹ Arrêt du 23 janvier 1889, Cour de Cassation, Chambre civile, S. 89 1. 353

¹⁰ Labbé J. É. *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*. 1856 – p. 54-55



ится, прежде всего, на сходстве правового положения выговаривающей стороны и гестора, при этом гораздо меньше внимания уделяется непосредственно природе права выгодоприобретателя. Тем не менее эта гипотеза была поддержана и развита Пляниодем, который заключил, что возможность выгодоприобретателя воспользоваться правом является последующим одобрением, необходимым в конструкции ведения дел. Этот подход кажется убедительным, поскольку принятие каких-либо инициативных действий в пользу третьего лица без специального на то поручения рациональным лицом может осуществляться, в первую очередь, как ведение чужих дел без поручения.

Сторонники гипотезы единственным ее недостатком считали сложность реализации на практике. Однако противники этой гипотезы отмечали и доктринальные недостатки концепции.

При ближайшем рассмотрении оказывается, что данная конструкция фактически не соответствует договору в пользу третьего лица и даже противоречит намерениям сторон: признавая выговаривающую сторону гестором, мы вынуждены сделать вывод о том, что он приобретает права от имени третьего лица и обязательство возникает между должником и третьим лицом. В действительности же кредитор действует от своего имени и вправе отменить действие договора (разумеется, до того момента, как своим правом решил воспользоваться выгодоприобретатель), что для конструкции ведения дел без поручения было бы невозможно. Именно поэтому Морандьер называл данный подход искажающим сущность договора в пользу третьего лица¹¹. Также отмечалось, что действия выговаривающего право лица вообще не охватываются конструкцией ведения чужих дел без поручения.

¹¹ Морандьер Л. Ж. *op. cit.* – с. 371

Данная теория показывает, насколько по-разному представители французской юридической науки подходили к таким основополагающим моментам, как цель заключения договора, объем понятия ведения чужих дел и так далее, ведь анализ одних и тех же аспектов договора в пользу третьего лица приводил их к совершенно противоположным выводам. Однако указанные теории, несмотря на противоположное определение природы права выгодоприобретателя, имеют и общую черту: они оценивают его в существующей системе гражданского права и пытаются охарактеризовать его, не вызывая непримиримых противоречий с основами системы, в частности с принципом личного характера обязательства.

В этом отношении кардинально отличается от них теория непосредственного возникновения иска. Этот подход основан на том, что право на иск третьего лица может возникать из договора, даже если выгодоприобретатель не является его стороной. По сути, это объявление договора в пользу третьих лиц простым исключением из принципа личного характера обязательства. В качестве исторического обоснования эта гипотеза обращается к средневековому праву, которое, в отличие от римского права, допускало такие иски. Как считает Годэмэ, возможность наделить третье лицо правами вполне закономерно следует из автономии воли сторон, и при этом такое простое и понятное решение гораздо эффективнее на практике, чем попытки искусственно придать договору в пользу третьего лица черты, противоречащие его сущности¹². Природа права выгодоприобретателя, таким образом, заключается в акте воли сторон по договору, из которого оно и возникает.

Данный подход вполне ожидаемо встретил критику в доктрине, поскольку он лишь констатировал факт того, что право третьего лица непосредственно возникает из договора, никак при этом не обосновывая такое исключение из правила. Более поздние аргументы, основывающиеся на автономии воли, вероятно, также не в полной мере обосновывают отступление от личного характера обязательства.

ДАННОЕ ОБЪЯСНЕНИЕ ОЖИДАЕМО ВСТРЕЧАЕТ ТЕОРЕТИЧЕСКУЮ КРИТИКУ, ПОСКОЛЬКУ ДОГОВОР ПРЕДСТАВЛЯЕТ СОБОЙ ИМЕННО СОГЛАСОВАНИЕ ВОЛЬ, И ЕСЛИ РЕЧЬ ИДЕТ О ДОГОВОРНОМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ В ПОЛЬЗУ ВЫГОДОПРИБРЕТАТЕЛЯ, ТО С УЧЕТОМ ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЯ И КРЕДИТОРА БЫЛО БЫ НЕОБХОДИМО ПРИЗНАТЬ, ЧТО ДОЛЖНИК ВПРАВЕ НАПРАВИТЬ ТРЕТЬЕМУ ЛИЦУ ВОЗРАЖЕНИЯ, ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ ДОГОВОРА С КРЕДИТОРОМ, ЧТО СОВЕРШЕННО НЕ СООТВЕТСТВУЕТ СУТИ ДОГОВОРА В ПОЛЬЗУ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА

Теория непосредственно возникающего права на иск содержит и другое объяснение, которое иногда выделяется в качестве отдельной теории одностороннего волеизъявления. Природа права выгодоприобретателя обосновывается как следствие волеизъявления должника, который вправе принять на себя обязательство в интересах какого угодно лица. Это волеизъявление связывает должника в момент, когда оно было совершено, независимо от момента принятия выгодоприобретателем, что подтверждает непосредственный характер права третьего лица. Такое радикальное отступление от догмы личного характера обязательства объясняется тем, что с развитием оборота конструкция договора в пользу третьего лица сама по себе приобретает достаточно существенное значение, чтобы открыто признать ее противоречие исторически сложившимся принципам. Поэтому начиная с XX века французские суды в своих решениях все больше опирались на указанную теорию¹³. Тот же практикоориентированный подход можно заметить в решениях высших судов и сейчас¹⁴. При этом данное объяснение ожидаемо встречает теоретическую критику, поскольку договор представляет собой именно со-

¹² Годэмэ Е. *op. cit.* – с. 259

¹³ Arrêt du 29 avril 1903, Cour de Cassation, Chambre civile, D. 1904 I. 151

¹⁴ Arrêt n° 1299 du 28 octobre 2003, Cour de cassation, Première chambre civile

гласование волеизъявления, и если речь идет о договорном обязательстве в пользу выгодоприобретателя, то с учетом волеизъявления и кредитора было бы необходимо признать, что должник вправе направить третьему лицу возражения, вытекающие из договора с кредитором, что совершенно не соответствует сути договора в пользу третьего лица.

Итак, можно сделать вывод о том, что в современном французском законодательстве осмысление природы права выгодоприобретателя прошло путь от отрицания его непосредственного возникновения из договора между кредитором и должником до принятия самостоятельного существования права третьего лица. Более ранние и консервативные подходы, такие как теория предложения и теория ведения чужих дел без поручения, по сути, отказывали договору в пользу треть-

его лица в самостоятельности, либо утверждая, что право выгодоприобретателя возникает лишь в результате принятия предложения кредитора, либо вовсе отождествляя его с отношениями действия в чужом интересе без поручения. Такие подходы позволяли вписать договор в пользу третьего лица в существующую систему гражданского права, однако встречали обвинения в искусственности. Подходы, признававшие непосредственное возникновение прав третьего лица, основывали такой вывод либо на одностороннем волеизъявлении должника, либо на концепции автономии воли. Последнее обоснование, в частности, выделялось Годэмэ как наиболее удачное и соответствующее современности, хотя оно также критиковалось за недостаточную теоретическую проработанность.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Пляниоль М. Курс французского гражданского права: Ч. 1: Теория об обязательствах; Ч. 2: Договоры. Перевод с французского. Ч. 1-2: Вып. 1-6 / Пер. и предисл.: Гартман В.Ю. – Петроков: Изд. тип. С. Панского, 1911. – 1010 с.
2. Кетц Х., Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. В 2-х томах: Перевод с немецкого. Т. 2 / – М.: Междунар. отношения, 2000. – 512 с.
3. Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции [Том 2] / Перевод с французского и вступительная статья доктора юридических наук Е.А. Флейшиц. – М.: Издательство иностранной литературы, 1960. – Доп. тит. л.: Précis de droit civil. T. 2. Par Léon Julliot de la Morandière. Dalloz, 1957. (Petits précis Dalloz). – 728 с.
4. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Перевод с французского И.Б. Новицкого. – М.: Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. – (Всесоюзный институт юридических наук Министерства юстиции СССР. Ученые труды; Выпуск XIII) – 512 с.
5. Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1992. 1264 pp.
6. 7. F. Laurent. Principes de Droit Civil. T. 15. 1878 – 653 pp.
7. Labbé J. É. Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires. 1856 – 94 pp.
8. Arrêt du 16 janvier 1888, Cour de Cassation, Chambre civile, S. 88 1. 77
9. Arrêt du 23 janvier 1889, Cour de Cassation, Chambre civile, S. 89 1. 353
10. Arrêt du 29 avril 1903, Cour de Cassation, Chambre civile, D. 1904 1. 151
11. Arrêt n° 1299 du 28 octobre 2003, Cour de cassation, Première chambre civile



БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ С АНТОНОМ АЛЕКСАНДРОВИЧЕМ ИВАНОВЫМ

**Председателем ВАС РФ в отставке, научным
руководителем факультета права НИУ ВШЭ, кандидатом
юридических наук, профессором.**



**Беседовал
К. Киктенко
24.02.2021**

Персона

– Как обычно проходит Ваш рабочий день?

– Сейчас, конечно, мой рабочий день проходит в лайт-режиме. И в основном это сидение за компьютером, онлайн-лекции и семинары, поскольку пока что решение об очных занятиях у нас в ВШЭ не реализовано. Но я всё равно довольно часто бываю на факультете и в городе, так что я не совсем оторван от реальной жизни. За этими изъятиями такая сетевая жизнь...

– Сколько времени Вы отводите на чтение лекций, чтение книг, общение с близкими?

– На самом деле коронавирус показал, что онлайн-жизнь заставляет работать больше, чем раньше, потому что нет границы между работой и отдыхом. Ты подключён непрерывно, тебе пишут огромное количество писем. В день мне приходит штук 40–50 писем, может и больше, с разных адресов. И поскольку я придерживаюсь философии чистого стола, я должен в конце дня «обнулиться» и на всё ответить. Иначе это начинает накапливаться, как ком, и из этого уже не выбраться. Потому и трудно разделить работу и дом, общественное и личное. Всё это смешано, прибежали дети – вот домашние проблемы, потом надо сразу же идти в Zoom, чтобы что-то прочитать – это работа. Дальше, в свободное время – книги.

– Сложно переключаться? Вот только что были с домочадцами, а тут уже в другом амплуа.

– Наоборот, мне кажется, что это повышает активность, так как это позволяет заниматься в течение дня различными видами деятельности.

– Л. Нарусова заявляла, что в 89-м году Вы входили в состав команды Собчака, помогавшей ему выдвинуться в депутаты. Почему Вы не остались в политике, а продолжили заниматься правом?

– В 89-м году мы вместе с некоторыми моими коллегами были доверенными лицами Анато-

лия Собчака, когда он избирался депутатом на Съезд народных депутатов СССР. Тогда я учился в аспирантуре, и это была такая полуоязательная общественная нагрузка, потому что он преподавал на кафедре, а заведующий кафедрой был его другом. Так или иначе нас к этой ситуации подключили. Какие-то действия мы совершали, и его избрали народным депутатом СССР. Потом мне пришлось писать диссертацию, в 90-м году я не успел защититься, мой научный руководитель захотел, чтобы я переделал существенную часть диссертации, я ему потом отомстил, конечно, так как, на мой взгляд, диссертация была готова. Я, конечно, шучу насчёт «отомстил», хотя он не воспринимает это как шутку и считает, что получил сполна. Тем не менее я отошёл от политики, а некоторые наши коллеги продолжали там участвовать и участвовали там уже в кампании при голосовании за Анатолия Собчака как первого мэра Санкт-Петербурга. И даже стали как-то сотрудничать с ним, а я отошёл в сторону. Не знаю, может, если бы я не отошёл от этих дел, моя жизнь сложилась бы иначе, но уже сложилась так, как сложилась.

– Вы прекратили общение с Собчаком, когда он стал депутатом. Вам было не интересно продолжать общение?

– Я не прекратил. Это он пошёл туда, где стал недоступен. Уже тогда он мог приезжать на факультет раз в два-три месяца и выступал с какими-то политическими заявлениями, а не с лекциями. То есть это его нагрузка, а не моё желание или нежелание. Человек попал в ту среду, которая была ему близка, и возвращаться из нее обратно не захотел. Политика затягивает. Это тяжёлая вещь... Уйдя в политику, Собчак забросил юриспруденцию, с того момента он мало что опубликовал. Только перестав быть мэром Петербурга, он что-то написал, в политике нет на это времени.

– Вы сказали, что политика затягивает. Когда Вы были Председателем ВАС, Вы не считали себя политиком?

– Я не считал себя политиком, но тем не менее я находился в режиме некоей сдержанности в выражении своих мнений. Это связано с судейской работой. В этом смысле судьи, конечно, могут быть политиками, но у них серьёзные ограничения в

части выражения своих взглядов. Не знаю, может быть, в других странах ситуация иная, но мне кажется, что она не изменилась. В тех же Соединённых Штатах Америки судьи ВС США традиционно делятся исходя из их взглядов, но и там они стараются не быть слишком активными в демонстрации своих политических предпочтений. Потому что если ты будешь чрезмерно активен, тебя могут отвести от рассмотрения дела из-за конфликта интересов, многие из них не хотят явно проявлять свои симпатии. Просто говорят: «Вот этот был назначен президентом-республиканцем, а этот член Верховного суда был назначен президентом-демократом», – так их и различают. У нас этого партийного механизма при назначении судей практически нет. Здесь иная ситуация, но тоже приходится воздерживаться. Иногда задают вопросы, с виду невинные, и ты на них что-нибудь ответишь, даже чисто по праву, например: «Как Вы толкуете норму статьи 169 ГК?» А через некоторое время обнаруживаешь, что было дело в судах, и как раз тот вопрос, который тебе задавали, является предметом обсуждения. Пару раз было такое, что наших коллег пытались отвести по мотиву того, что они высказывались по тем или иным вопросам. Поэтому такой режим сдержанности свойственен судьям, и они обязаны его соблюдать. Иначе будет подорвана вера людей в беспристрастность суда. Я считаю, что есть субъективная беспристрастность и объективная – и ту, и другую надо учитывать.

– Сильно ли вы изменились после того, как возглавили ВАС? Власть такого масштаба и такая ответственность сильно меняют людей?

– На самом деле власти-то большой не было, конечно. Потому что власть судьи весьма и весьма относительна, он может решить или не решить поступившее к нему дело. А как дальше это решение будет исполняться или не будет и какова его дальнейшая судьба, – трудно предсказать. Если

мы посмотрим на ситуацию с исполнением судебных решений у нас, то мы обнаружим, что исполняется меньшая часть, скажу аккуратно, чтобы не обижать наших судебных приставов. По разным оценкам исполняется от 25% и меньше.

– На лекции в Государственной Думе Вы предлагали вернуть им процент от взысканного имущества, и тогда они будут активнее исполнять решения.

– Формально до сих пор есть этот процент, но его не платят приставам. Система полностью лишена стимулов. Но были времена, как ни странно, когда исполнители были в системе судов общей юрисдикции, когда им платили те 5%, которые они могли заработать. И многие из них были очень мотивированы на своевременное и быстрое исполнение. Сейчас мы имеем дело с довольно сложной ситуацией, скажу так, дипломатически, потому что некоторые назвали бы это катастрофой в части исполнения судебных решений. А что делать? Если исполняется меньшая часть, то вы можете выносить какие угодно решения, а они не будут исполняться. Возвращаясь к теме, о которой мы говорили, власть судьи весьма относительна и ограничена. Тем более что в ВАС РФ при той коллегиальности, которая там существовала, бывали ситуации, когда большинство со мной не соглашалось, и я ничего не мог с этим делать. Большинство считает, что эту норму не надо трактовать так, как я предлагаю. Ну, проголосовали и проголосовали, я всегда относился к этому философски. Проголосовали, значит, так тому и быть, никуда от этого не уйти. Значит, я или другой, чьё мнение проигнорировали, был недостаточно убедителен, нашёл не вполне яркую и красивую ситуацию, способную подсветить эту норму иначе, что могло убедить проголосовать по-другому. Это неизбежно. Для многих политиков такой подход в принципе неприемлем, потому что политики желают достичь определённых целей, и в этом существенное отличие судей от политиков. Судьи говорят: «Ну, так

**ЕСЛИ МЫ ПОСМОТРИМ
НА СИТУАЦИЮ
С ИСПОЛНЕНИЕМ
СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ
У НАС, ТО МЫ
ОБНАРУЖИМ,
ЧТО ИСПОЛНЯЕТСЯ
МЕНЬШАЯ ЧАСТЬ, СКАЖУ
АККУРАТНО, ЧТОБЫ
НЕ ОБИЖАТЬ НАШИХ
СУДЕБНЫХ ПРИСТАВОВ.
ПО РАЗНЫМ ОЦЕНКАМ
ИСПОЛНЯЕТСЯ ОТ 25%
И МЕНЬШЕ**

сложилось, мы многие годы так решаем и не можем отказаться от наших подходов». А подход политика из представительной или исполнительной власти иной: «Давайте немедленно добьёмся нужного результата!» Именно эти разные качества и позволяют нормально функционировать системе разделения властей. Цели разные и методы разные.

– Помните ли Вы тот день, когда Вам предложили возглавить ВАС РФ? Как это произошло? Долго ли Вы думали соглашаться или нет?

– Я, наверное, даже точно знаю день, когда это было. Это было где-то в начале октября 2004 года. До этого был принят законопроект, который не позволял моему предшественнику Вениамину Фёдоровичу Яковлеву баллотироваться заново, а у него истекал срок. Он горько шутил на эту тему, что был назначен два раза пожизненно, а ушёл с должности по достижении предельного возраста. Такое политическое решение было принято в отношении него, и он это прекрасно понимал. Когда оно было принято, я ещё удивлялся: «А кого же тогда предложат?» И, как ни странно, предложили меня. Правда, я и до этого бывал в ВАС РФ в качестве члена Совета по кодификации гражданского законодательства и периодически приезжал на заседания, которые проходили в здании ВАС. Я тогда говорил и сейчас продолжаю утверждать, что должность председателя ВАС РФ была высшей должностью для цивилиста в нашей стране. С упразднением Высшего арбитражного суда больше нет высшей должности для цивилиста, потому что председатели остальных высших судов не про это: председатель Верховного суда традиционно из сферы уголовного права, и это ключевая отрасль, потому что представляет собой наиболее опасную сферу правоприменения, где вопрос защиты прав граждан стоит наиболее весомо. Конституционный суд тоже цивилистикой занимается не так часто, может, в последние десять лет они стали больше затрагивать вопросы гражданского права, но это, я бы сказал, вынужденное решение, а не их собственный и добровольный выбор. Поэтому для цивилиста сейчас я даже затрудняюсь назвать такую должность, которая была бы равна председателю Высшего арбитражного суда.

– Вы пришли в ВАС, как и половина состава судей, без судейского опыта за плечами. Было ли трудно стать судьёй?

– Это сложный вопрос. Я всегда был за то, чтобы судьи были хорошими юристами. Вовсе не обязательно, чтобы они имели опыт практической работы судьёй. Я всё время вспоминаю чудесную шутку А. Райкина, который говорил: «Как бы прекрасно играла знаменитая артистка Ермолова, если бы она отстояла смену у токарного станка!» Вот это предложение поработать «в полях», оно сродни той старой шутке про токарный станок. «Поля» обучают некоторым навыкам. Прежде всего, твёрдости соблюдения процессуальных законов, определённых правил, сдержанности, боязни оказаться в неудобном положении, а судья периодически в таких положениях оказывается. С другой стороны, это сужает кругозор. Человек не видит других сфер жизни, в которых он мог бы достичь успехов и лучше понять всё, что происходит. В судьи должны идти подготовленные юристы. У нас ситуация иная, значит, такой этап, не думаю, что он долго продлится, а пока исходим из него. Что касается ВАС РФ, то привлечение туда учёных началось ещё при моём предшественнике Вениамине Яковлеве. Потому что те, кто позже составил гордость Высшего арбитражного суда, были приглашены Яковлевым. Другой вопрос, что не все они были судьями. И вообще была тенденция постепенного замещения карьерных судей, которые фактически были арбитрами Госарбитражей СССР и РСФСР, на людей, которые больше интересуются наукой. Поэтому всегда было два крыла: карьерные арбитры (их число уменьшалось, это неизбежно в силу возраста) и представители учёной среды. Такое соотношение дало очень сильный позитивный эффект. Одни учёные не смогли бы в полной мере воплотить идею справедливости. Сейчас объясню почему. Я это видел в некоторых коллегах, которые всегда придерживались своих научных взглядов. Судьи же, которые находились на более низком уровне абстракции, но понимали все практические аспекты жизни, периодически говорили, что ваша научная конструкция хороша, но посмотрите какая несправедливость в результате неё сложится. Любая конструкция имеет плюсы и минусы, и если учёный придерживается какой-то позиции, то он будет за неё «топить». Практик же скажет, что этого не надо делать, потому что есть один, второй, третий факторы, которые надо учитывать. Это обеспечивает гибкость правовых позиций. Упомянутое сочетание было хорошим, я считаю, что оно было правильным.

– В ВС США нет ограничения по сроку или возрасту для пребывания в должности судьи. Отвечает ли пожизненный срок замещения должности идее сменяемости власти?

– Развитые правовые порядки признают принцип несменяемости судьи. И нет ничего опаснее, чем когда мы будем выбирать судей, способных выносить устраивающие нас решения. Принцип несменяемости – это особенность суда как ветви власти, в отличие от исполнительной и представительной власти. Поэтому я как раз считаю, что сменяемость судей будет играть негативную роль с точки зрения обеспечения независимости судебной системы. Ведь идея «два срока подряд» не была судебной реформой начала 90-х. Судебная реформа исходила из пожизненного срока судей. Возьмём, например, идею с одним сроком в немецком конституционном суде. Судью буд-то навсегда бросили в омут, там десять лет срок полномочий, а после этого безусловная отставка и пенсия. Когда человек попадает в состав судей, он понимает, что уже ничего дальше нет, то же самое с ЕСПЧ, там такой же подход. И это тоже вариант принципа сменяемости. Главное, чтобы второй раз не приходилось проходить «чистилище». Американские судьи так называют процедуру назначения федеральных судей. Это очень серьёзная процедура. Говорят, что у нас сложная процедура. Поверьте, в США она ещё более сложная. Там составляется социологический портрет судьи, изучаются его взгляды, опрашиваются его сослуживцы, соседи, одноклассники, делают это соответствующие сотрудники, прикомандированные к ФБР. Никакого телефонного права там и не нужно, они понимают, что за человек назначен. У него в голове уже то, что им нужно.

– Пытались ли Вы спасти ВАС РФ? Как Вам сообщили, что ВАС ликвидируют? Зачем было уничтожить ВАС? Вы сказали: «Конечно, у меня есть профессиональные принципы. Если бы их не было, я не потерял бы ВАС. Я бы функционировал в этом режиме». То есть ВАС РФ мог продолжить своё существование, но с рядом условий?

– Мне кажется, что в момент, когда было об этом объявлено, уже ничего нельзя было сделать. Это было в 2013 году в июне на экономическом форуме. Раньше возможно. В общем, процесс был

запущен, и ничто не могло спасти ситуацию. Даже если бы я подал в отставку в 2013 году, это ничего бы не изменило. Если политическое решение принято, то оно начинает осуществляться.

– Для Вас самого это стало неожиданностью, как мне кажется, так как, судя по Вашим интервью до 2013 года, Вы уверенно говорили, что объединения судов не будет.

– Я выражал свою позицию так. Не знаю, какие мысли были в голове у тех, кто эти реформы затевал, но у меня каких-то таких чётких признаков планируемых решений до того не было, если не считать некоторых структурных решений, но надо быть очень уж чутким, чтобы увидеть за этим чёткую линию. Например: «Не отдадим банкротство граждан арбитражным судам, отдадим судам общей юрисдикции» – вот было решение 2012 года. Я и сам не был уверен, что арбитражные суды легко справятся с банкротством граждан. Ситуация в этой сфере сегодня хорошо показала, что процедуру пришлось настолько изменить, чтобы она смогла хоть как-то прижиться. В общем, явных посылов не было.

– Почему не ликвидировали СИП как главное детище ВАС РФ?

– Наверное, потому что не считали его главным детищем Высшего арбитражного суда. СИП – это первый специализированный суд в нашей судебной системе. До этого специализированных судов не было (мы не считали, что арбитражные суды специализированные, они просто имеют свой профиль). Была попытка создать ювенальные суды в системе общей юрисдикции, были и другие попытки создать подобные суды. А тут удалось создать суд по интеллектуальным правам. Я думаю, это и сыграло решающую роль. Хотя, может, и какие-то кадровые обстоятельства повлияли, но мне про это ничего неизвестно.

– Почему, на Ваш взгляд, именно из Высшего арбитражного суда вышло столько специалистов, двигающих российскую науку права, а из ВС и КС – нет? Там цензура?

– Ничего про цензуру не знаю, но сам бы там не хотел работать. Да никто меня туда и не возьмёт, тем более сейчас. Я уже занимаюсь совершенно нетипичной для Верховного суда творческой де-

тельностью: я блогер, ютубер, инстаграмщик и телеграмщик, что уже неприемлемо. Причём сознательно сделал этот выбор, чтобы сжечь все мосты обратно в сторону карьерных судеб. А если серьёзно, то у меня нужных организаторских навыков нет. Я считаю, что менеджмент в интеллектуальной среде должен принципиально отличаться от менеджмента в исполнительной власти, где всё подчинено единой идее и существует строгая вертикаль. Такой менеджмент невозможен в интеллектуальной среде, все пригодные люди разбегутся, если вы будете их встраивать и заставлять соблюдать определённые правила. Умных людей надо терпеть. И если вы не готовы терпеть умных людей, у вас ничего не получится. Мне некоторые взгляды моих коллег не нравились, не нравятся и сейчас, но это же не значит, что я буду каким-то образом подвергать их санкциям или наказаниям, буду их «профилактировать». Я принимаю людей такими, какие они есть. И особенность в этом: мне удалось сделать так, чтобы у нас были люди разных взглядов и чтобы они производили креатив в меру своих сил. А поскольку им была дана такая свобода, они раскрылись, вот и всё. И это было объективно нужно для ВАС РФ как для интеллектуального центра, как это нужно и для образовательных учреждений. Сколько я видел примеров, когда назначали, грубо говоря, какого-то «сапога» руководить вузом и он делал из него просто казарму. Все нормальные люди разбежались, и вуз резко падал вниз. Таких «начальников» интеллектуалы знают и стараются обходить за версту. Не все руководители, в свою очередь, готовы терпеть, а надо иметь слоновье терпение, чтобы этим заниматься. Вот и всё, у меня просто слоновье терпение. Это помогает мне функционировать и в нынешнем формате.

– У нас сейчас президент отчитывается, что всех бывших министров трудоустроили, гордятся этим очень. Предлагали ли Вам продолжить карьеру в органах государственной вла-

сти? Соглашались ли Вы на какие-то условия при переходе на работу в Вышку?

– НИУ ВШЭ я сам нашёл без каких-либо усилий задолго до прощания с ВАС РФ. Должность мне предлагали, но я отказался. Не буду говорить какую, потому что не срослось, но она была привлекательна для многих. И если я скажу, от чего отказался, то многие будут крутить пальцем у виска.

– Она была связана с цивилистикой?

– Нет, она была связана с бизнесом. И я отказался. Я подумал, что ещё не поздно начать новую жизнь. Если бы я досидел до 60 лет, то думал бы: «Боже, что же мне делать дальше?» Ведь госдолжность засасывает и очень сильно. Знаете, как в известном мультике, когда двое из ларца отвечают «Ага!» на вопрос «А вы что, и есть за меня будете?» Через некоторое время ты сталкиваешься с ситуацией, когда ты перестаёшь быть самостоятельным человеком. Тебя везде водят, поддерживают, тебе помогают. Мне это не очень нравилось. Поэтому я старался в должности самостоятельно читать лекции, причем не политические, как обычно читают, типа «Я и государство», я читал лекции по гражданскому праву. Я сохранял старые навыки,

они мне игодились. Я и в магазины ходил сам, потому что понаслышке знал, сколько чего стоит и почему. Был шок, когда я сказал на одном из совещаний (это был 2006 или 2007 год): «Вы знаете, сколько магазинов из-за вашей системы ЕГАИС лишились вина?» Этого же никто «наверху» не знает, надо ходить по магазинам и смотреть на прилавки. Спрашиваешь почему? Из-за ЕГАИС... Поэтому тогда первый вариант этой системы оставили. Потом, правда, создали новую систему. Очень важно знать с практической точки зрения, сколько стоит хлеб и колбаса.

– Чтобы не терять связь с реальностью.

– Да. Я заказывал сам себе билеты на самолёт, отели, когда ездил куда-то на отдых, то есть пы-

**ВСЕ ПРИГОДНЫЕ ЛЮДИ
РАЗБЕГУТСЯ, ЕСЛИ ВЫ
БУДЕТЕ ИХ ВСТРАИВАТЬ
И ЗАСТАВЛЯТЬ
СОБЛЮДАТЬ
ОПРЕДЕЛЁННЫЕ
ПРАВИЛА. УМНЫХ ЛЮДЕЙ
НАДО ТЕРПЕТЬ. И ЕСЛИ
ВЫ НЕ ГОТОВЫ ТЕРПЕТЬ
УМНЫХ ЛЮДЕЙ, У ВАС
НИЧЕГО НЕ ПОЛУЧИТСЯ**

тался сам себя обслуживать, чтобы меня это всё не засасывало. И мне кажется, что это удалось. Поэтому когда все полномочия закончились и я понял, что два раза в одну воду зайти нельзя, я сказал судейской работе «до свидания» и больше не хочу оборачиваться и говорить: «Хей, я тут, я могу!» Я сознательно не посещаю никакие мероприятия. Но, в общем, меня там и не ждут.

– Вы сказали: «Чтобы уехать из России, нужен капитал, которого у меня нет. А если бы он был, я бы сто раз подумал», но Вы не уезжаете. Что Вас держит и не позволяет уехать «в провинцию у моря»?

– Капитала нет, что меня держит? Капитала пока нет!

– Капитала в денежном выражении, не в человеческом?

– Конечно, в денежном. Достаточного капитала нет. Не знаю, будет или нет, может, не будет никогда, но есть очень простая вещь: когда ты уезжаешь, ты начинаешь всё сначала. И все твои достижения социальные обнуляются. Когда у тебя нет никаких достижений – это не страшно, ты просто начинаешь всё заново. Ты идёшь и подтверждаешь диплом, пересдаёшь экзамены,

как некоторые мои коллеги, уехавшие в Австралию или Канаду. При этом ты всё равно падаешь на уровень, на порядок вниз. У меня какая-то репутация была, но что мне делать? Пойти туда юристом начинать? Поздно. Туда надо ехать с капиталом, чтобы жить в более-менее комфортных условиях, да и то будет скучно и неинтересно. Так что не еду по совокупности причин. Про капитал я сказал так, чтобы вас спровоцировать. Просто что мне там делать?

– Вы говорили, что были в Нью-Йорке: «Там всё дышит свободой, вот там я бы открыл бизнес».

– Если бы знал какой! И если бы для этого были деньги. Я лишён юношеской наивности и понимаю, сколько и чего стоит в этой жизни. Поэтому тех денег, чтобы там что-то интересное начать, у меня нет, а потому я вынужден здесь «прозябать»!

– Тогда о прозябании, как Вы пришли к фуд-блогингу? Я подписан, рекомендую и нашим читателям.

– Объясню. Дело в том, что я для себя счёл неприемлемым такой путь в сети, когда я как юрист высказываю критические взгляды в отношении



нашего строя и общества, потому что как судья я нахожусь в отставке и поэтому должен соблюдать кодекс чести судьи. Эта отставка меня ограничивает и обязывает. Конечно, эти правила не такие, как для тех, кто в должности, но они есть. А как в сетях быть, если ты в режиме сдержанности? Надо выбирать такие сферы, в которых, с одной стороны, можно соблюдать эти ограничения, а с другой, производить интересный контент.

– То есть это Вы сами фотографируете и ведёте?

– Конечно! Вообще всё сам. На коленке! Та же самая история с моими видео на ютубе, их больше двухсот уже. И даже сейчас некоторые видео вызывают критический отклик. Не всем нравятся те взгляды, что там высказываются. Есть определённые риски... А еда – это для всех, все мы любим покушать, а я тем более. Я вообще считаю, что это большая потеря, мне надо было рассказывать про мои приключения с едой с начала 90-х. Если бы я тогда начал свою фудблогерскую деятельность, я бы таких высот уже достиг! Где я только ни был, в каких ресторанах ни бывал по всему миру. Я посмотрел на список 10 самых лучших ресторанов мира и понял, что в 4-х из них я был. Просто как я про них расскажу? Это долго и фотографий нет. Сетевой формат предполагает определённые правила, нужна картинка, нужно, чтобы написано было весело, нужна задорная идея. Поэтому я плавно «подрулил» к фудблогингу, и неизвестно, к чему я ещё могу подрулить. Например, мемы про ВАС – у меня их, наверное, штук сорок.

– Вы ещё ведёте колонку «Советский быт и право» и в основном не лестно отзываясь о том периоде. Почему у вас сложилось такое мнение об этой эпохе?

– Трудно сказать. Я это всё чувствую живо до сих пор. Как раз моё взросление проходило в период, когда всё двигалось к катастрофе. Я помню прекрасно середину 70-х годов, когда всё ещё было не так плохо. И начиная с 77-го года каждый год было всё хуже и хуже, хуже и хуже. Разумеется, это не добавляло мне удовольствия, и я хорошо помню, что там было. Но моя цель была не раскритиковать так уж сильно, а показать студентам, прежде всего, какие там были социальные институты, как они преломлялись в праве и какие ин-

ституты нашего российского права унаследовали их черты, – в этом же самое главное. Без отсылки к тем временам невозможно объяснить многие нормы нашего Гражданского кодекса. Например, я часто сталкиваюсь с вопросами по типу: «А что это за странная норма в главе о праве собственности, где сказано, что “состав и стоимость имущества находящегося в собственности граждан, не ограничиваются”?» Какой смысл так писать? Для людей, живущих в современном обществе, это бессмысленно. Им приходится рассказывать про то, что было тогда, как это выглядело. И многие институты до сих пор невозможно объяснить, не рассказывая про то, что было. А было не очень приятное, с точки зрения гражданского права уж точно. Такого количества человеконенавистнических институтов, как у нас в СССР, не было ни в одной цивилизованной стране мира. Их придумывали почти сто лет и были очень изобретательны.

– Критики левого уклона Вам скажут, что они были не человеконенавистническими, а против буржуев и эксплуататоров.

– Я не придерживаюсь левых взглядов. При этом я считаю, что у нас всё напутано с политическим спектром, и никто чётко не рисует у себя на груди знак принадлежности к тому или иному движению. В США всё более-менее понятно, там есть демократы и республиканцы. Демократы более либеральны, республиканцы более консервативны, придерживаются консервативных буржуазных ценностей. А у нас что? Что такое у нас консервативные ценности? Это то, что высказывает КПРФ? С американской точки зрения это левацкие взгляды, а вовсе не консервативные. Всё напутано. Это показатель неразвитости политического менталитета в нашей стране. Когда людей всё время сбивают, вывешивая ярлыки, за которыми на самом деле ничего нет. Это имитационная модель. И, чтобы продраиться через все эти наслаения, надо очень много думать и оценивать людей с разных точек зрения.

– Как бы вы охарактеризовали период, который начался в российском праве и судах после 2014 года? Можно ли назвать это концом юридической оттепели?

– Я не склонен рисовать это в чёрно-белых тонах. Всё неоднозначно, разные оттенки серого.

Где-то, возможно, и происходит прогресс. Но мы не видим где. Где-то застой вызывает критику общества. Где-то идёт откат. Я всегда говорю, что мы имеем ту судебную систему, которую заслуживаем, и по-другому быть не может. Вот и всё. Всё действительно разумно, а всё разумное действительно. Ключевой вопрос, и здесь я согласен с Солженицыным, это вопрос собирания и сбережения людей. Хотя Солженицына разругали в 90-е годы, но вообще наша основная проблема, как любит говорить мой научный руководитель академик Ю.К. Толстой, – это качество человеческого материала. В него упирается всё. Вы не можете по-другому решить, проблема состоит в качестве человеческого материала, которое мы имеем, а оно сто лет формировалось. Я всё время вспоминаю чудесный образ, когда Чичиков приехал в деревню к одному из своих контрагентов и удивляется, почему же такие тупые лица у его крестьян. А он говорит: «Простой ответ! Как только появится в крестьянской семье смыслённый ребёнок, я его на телегу и в город продавать!» Отвечу так на Ваш вопрос эзоповым языком. А по-другому и не может быть. Для этого должны быть люди другие, для этого их надо воспитывать, поддерживать, в конце концов они должны сами где-то родиться, в определённой обстановке.

– Возможно, что они есть, но отдельным людям тяжело идти против государственной машины в целом?

– Нет. Думаю, что проблема качества человеческого материала – это очень серьёзно. Представьте, после 17-го года уничтожили почти всю элиту. Элита же не произрастает самопроизвольно. Вы же видите, какой регресс был в сфере науки, в юриспруденции в частности. Как-то мы восполнили эту ситуацию к концу 70-х годов, но того уровня, который был до 1917 года, наша юриспруденция не достигла. И так же везде, во всех сферах, даже в самых простых. Вот найдите плотника хорошего или столяра, паркетчика, сварщика. Побегать надо, чтобы такого найти. А это и есть вопрос качества человеческого материала.

– А после 91-го года не произошло очередного краха науки?

– Наука так быстро не претерпевает крах. Наука – очень медленное существо. Крах науки – это тридцать-сорок-пятьдесят лет.

– Но Вы сказали, что в 17-м году был?

– После 91-го года никого не убивали. Они просто уехали. А после 17-го сознательно убивали, очень длительный период времени «выпалывали» людей, как сорняки. И этот процесс даром не проходит, он всегда завершается общим падением уровня. Мы пожинаем его плоды. Неслучайно я сказал про свободу в Нью-Йорке, я помню Ленинград 80-х, там было довольно много умных и красивых лиц, гулявших по Невскому. Ещё эмиграция была не разрешена. После этого я ходил по улице, а лица всё хуже и хуже, хуже и хуже. Я думал, старый уже становлюсь, меняю взгляд на жизнь. А потом приехал в Нью-Йорк и понял, что эти лица – они там! Это были люди, которые сказали: «мы готовы начать всё сначала». Они готовы, а я не готов. Поэтому я здесь, вот и всё.

НАУКА – ОЧЕНЬ МЕДЛЕННОЕ СУЩЕСТВО. КРАХ НАУКИ – ЭТО ТРИДЦАТЬ-СОРОК- ПЯТЬДЕСЯТ ЛЕТ

– Вы один из авторов идеи адвокатской монополии. Придерживаетесь ли вы этой позиции после дела М. Ефремова, где нам было показано, что адвокатский статус вообще не гарантирует ни этики, ни качества оказываемых услуг, ни чистоты своих рядов (Пашаева неоднократно лишали статуса, а он всё равно возвращался в ряды адвокатуры). На юридическом форуме Вы сказали, что «образ адвоката не стал героем в глазах общества, потому что если надо вынести неправовое решение, то он ничего не сможет сделать». Придерживаетесь ли Вы этого взгляда и сейчас?

– Я не следил за делом Ефремова, поэтому сказать о Пашаеве ничего не могу, а об адвокатской монополии скажу следующее. Я всегда был сторонником идеи не адвокатской монополии адвокатской палаты, а идеи создания единой ассоциации юристов по модели американской Bar Association. Во-первых, все сообщества: адво-

катское, судебское и прочие – пропускаются через этот фильтр. Вы не можете стать судьёй, если вы не являлись членом American Bar Association. Во-вторых, надо сдать экзамен. В-третьих, вы должны соблюдать правила этики. У нас же это всё разобщено: у судей свои правила, у адвокатов – свои, у прокуроров – свои. И когда я говорил о едином механизме, я имел в виду именно это, а вовсе не то, что всех юристов надо загнать в ФПА России, как это сейчас подразумевается. Это совершенно другой вариант. Я, конечно, понимаю, что и наша Ассоциация юристов России вряд ли может претендовать на роль American Bar Association. Причём мне всегда нравилось, что коллеги там знают этические принципы всех, и это вообще не секрет для коллег, все всё знают там. И поэтому никто бы не выскочил как чёртик из табакерки, если бы его профессиональные и этические принципы не были бы проверены надёжно. Конечно, и там есть проблемы, но эта модель лучше той, что мы имеем сейчас. И то, что мы придём к профессиональному экзамену для всех юристов, – очевидно. Потому что какая у нас альтернатива? Либо закрыть вузы, процентов 60, готовящие плохих юристов, оставив только небольшое число хороших заведений, либо второй вариант: ввести профессиональный экзамен как условие допуска в профессию. Эффект мимикрии, когда люди имеют диплом юриста, но на самом деле юристами не являются, уже приобрёл настолько массовый характер, что бессмысленно на эту тему рассуждать. Раз будет единый профессиональный экзамен, нужно, чтобы его кто-то принимал, поэтому нужна структура, которая бы это делала. Вот она идея. Некоторые наши судьи мне говорили, что я сошёл с ума, чтобы они вместе с адвокатами сдавали одни и те же экзамены. Я спрашиваю: «А что в этом плохого?» Ещё бы с вами этот экзамен сдавали следователи и прокуроры. И чтобы потом следователь не говорил, что он делает то, что ему скажет начальник его подразделения. Нынешняя Федеральная палата адвокатов – дитя своего времени, и противоречий в ней очень много, само адвокатское сообщество нуждается в расчистке рядов. Слишком много адвокатов, которые когда-то работали в силовых структурах и следственных органах. Это всё довольно сильно изменяет нравственный подход.

– Вы также выступаете за широкое участие нотариусов в гражданском обороте, оговаривая, что должен быть серьёзный контроль за ценой оказываемых услуг. Я недавно был на своей малой Родине – посетил нотариуса, смотрю список нотариусов города и района: больше 2/3 из них – родственники. В Москве практически невозможно стать нотариусом, можно быть постоянно лишь ИО. При этом засвидетельствовать волеизъявление по договору купли-продажи квартиры может и сотрудник МФЦ, в этом нет никакого интеллектуального труда, но мы почему-то должны содержать за счёт налогов МФЦ, ещё и отдельно платить нотариусам, а кассовых аппаратов у них тоже нет, предпочитают наличные. Как можно доверять такой структуре? В некоторых странах нет нотариата, и живут они ничуть не хуже.

– Чувствуется, Вы не любите нотариусов. Может, отдадим в налоговую инспекцию этот вопрос? Удобнее же будет и проще. Вот не платишь ты налогов – тебе справку не дадим, не удостоверим. Должен десять рублей? Пока не заплатишь – не ходи сюда. Идея латинского нотариата у меня сама по себе не вызывает никаких сомнений. Воплощение её в наших условиях не самое лучшее. Нужно ещё больше расширить полномочия нотариусов и ввести действительный контроль за их деятельностью. В первую очередь, они должны обеспечить процесс регистрации прав на недвижимость, они и сейчас могут это делать, но в сильно усечённом варианте. Нужно всё просто по-другому организовать. Я хожу удостоверять доверенности: пошлина – 150 рублей, а с меня берут 1500 за всё, в десять раз больше. А хоть раз суд рассмотрел дело и лишил полномочий нотариуса, который берёт деньги выше официальной суммы пошлины? Не было такого дела. Но кто-то же должен это однажды сделать? Другой вопрос, что пошлины 100 рублей, 300 рублей это не такая большая цена, сделайте разумную цену, но строго следите за её соблюдением, без навязывания дополнительных услуг. Вообще с навязыванием можно покончить просто, надо прошерстить структуру пошлин и сказать, что удостоверение подписи на договоре – столько, а если хочешь, чтобы я поручился и за содержание – то вот столько. И разница между ними должна быть не очень большой. Сама пошлина архаична. И процедура доступа в нотариат

должна быть монополизирована. Я помню, был в Нидерландах, и мне понравился их механизм. Там деятельность нотариуса считается сродни бизнесу. И там ты подаёшь технико-экономическое обоснование в министерство юстиции и говоришь, что в этом регионе нужен ещё нотариус, и обосновываешь это. Затем министерство юстиции объявляет конкурс без согласия нотариусов этого округа на замещение должности. У нас проблема с администрированием в основном. Кто-то просто хочет, усевшись в кресло, ничего не менять. Объективно я исхожу из чего? Кроме нотариата, нет никакого общественного института, который бы, с одной стороны, отвечал за правовую сторону вопроса, а с другой – не был бы сильно связан с государством. У нас государство очень большое, по некоторым данным оно владеет 70-80% экономики. Поэтому у государственных органов конфликт интересов априори. Какой вопрос не копнешь – везде государственный интерес. И чтобы были приняты разумные и взвешенные решения, их должны принимать люди, не связанные напрямую с государством, вот и всё.

– Вы выступали за радикальные перемены в арбитражных судах, в том числе желали, чтобы судья имел статус судьи Российской Федерации, многое перенимали из третейских судов. Тогда зачем третейский суд, если государственный будет на него похож?

– В значительной мере это было бы нивелировано. Пожалуй, объективная беспристрастность была бы разницей. Если ты арбитр, то ты можешь заниматься любыми другими видами деятельности, а если – судья, то у тебя профессиональные ограничения, связанные со статусом. Не знаю, будет ли это ценным для людей. Никто этого не проверял, потому что никто этого не предпринимал. Видеосвязь позволяла перейти к этой системе, а нынешняя ситуация с коронавирусом вплотную подвела общество к созданию системы онлайн-судов. Важное достоинство такой системы – глубокая специализация. Мы сталкивались с проблемой, что по некоторым вопросам в ряде

регионов вообще нет специалистов. Просто люди никогда этим не занимались, например, банковскими деривативами, а они тебе попали и всё. И этот вопрос можно было бы рассмотреть в государственном суде ad hoc, собранном по принципу специализации, но среди государственных судей, занимающихся определёнными делами. Я считаю, что пандемия для этого создала все предпосылки.

– Недавно в своей заметке Вы довольно хлётко прошли по нашему законодательному процессу, упрекая его в непоследовательности и нелогичности. Понятно, что это происходит из-за лоббизма банков, крупнейших компаний, различных ведомств, но разве так не во всём капиталистическом мире?

– Невозможно создать систему без изъянов, но можно значительно уменьшить их количество, сделать эти дефекты менее вредными. Конечно, лоббизм есть везде, но всё-таки в других странах он проявляется в иных формах и далеко не всегда он такой безвариантный, что ли. Потому что у нас сейчас законодательный процесс управляется из одного центра – вот иди в этот центр и решай. А в других странах существует парламентаризм, оппозиция, разные интересы, люди борются друг с другом и в ходе борьбы получают взвешенные результаты, – вот в чём разница.

– А разве и там и там не борьба денег? Здесь же не всегда вопрос про логику и благо народное?

– Но и не всегда про деньги. Во-первых, у нас очень слабо развиты институты гражданского общества. Вот, например, есть общества потребителей, но они вообще не затрагивают потребителей цифровых услуг, о чём я неоднократно писал. Эта сфера по нулям с точки зрения защиты. И никто не хочет этим заниматься. Ассоциаций бизнеса много, а организаций по защите прав потребителей мало. Давайте подумаем о роли профсоюзов, и всем всё сразу станет ясно. Даже не будем дальше развивать эту тему. Гражданское

НЫНЕШНЯЯ СИТУАЦИЯ С КОРОНАВИРУСОМ ВПЛОТНУЮ ПОДВЕЛА ОБЩЕСТВО К СОЗДАНИЮ СИСТЕМЫ ОНЛАЙН- СУДОВ

общество способно достигать своих целей, главное, чтобы процесс был прозрачным и основан на противоборстве разных сил и течений, тогда, возможно, ситуация улучшится. В той же Германии все законопроекты должны получить поддержку министерства юстиции. В сложных случаях министерство юстиции обращается к специальным юридическим комиссиям – нет решения, нет и закона. И никак тут не помочь, хотя министр юстиции – это член правящей партии, а партия заинтересована в том, чтобы её законы в период её правления полностью отражали её цели. Однако оппозиция дышит в спину.

– У них и Juristentag, в отличие от нас, имеется.

– А у нас этого ничего нет. Те обсуждения, что иногда проходят у нас в Думе, меня не очень радуют. Я просто за упорядочивание, за более серьёзную конкуренцию и плюрализм мнений в законотворческом процессе.

– Хотелось спросить Вас о вашей позиции по вещным правам в связи с недавней дискуссией, которую запустил А. Рыбалов. Будет ли лучше признать перечень вещных прав не *numerus clausus*, а *numerus apertus*?

– Это просто мировоззренческое различие между ним и мной. Он был моим аспирантом и защищал под моим руководством кандидатскую диссертацию, так что, поверьте, мы не скандалим. Я считаю, что нет никаких вариантов, кроме замкнутого перечня, для того, чтобы отделить вещные права от обязательственных. Если мы хотим создать особый режим для вещных прав и закрепить повышенные гарантии, а это напрямую связано с идеей защиты права собственности, то мы должны сказать, что эти права вещные и к ним применяются особые правила. Мы не можем оставлять на усмотрение адвоката в дискуссии, вещное ли это право или нет, и какие меры защиты надо применять. Я за формальную определённость, чему открытый перечень не содействует. Более того, он прямо ей противоречит. Ну, назовите 10-20 вещных прав и скажите, что к ним применяется вещное право, а ко всем остальным – нет. И дискуссии в судах сойдут на нет. Никто не будет придумывать, как подтянуть дело под 208-ю статью ГК и не применять исковую давность. Это предельно просто и понятно.

– Вы создали один из лучших факультетов права. Зачем было создавать такой факультет с нуля, а не взяться за передел уже имеющихся факультетов других вузов?

– Не с нуля, во-первых, факультет права был здесь и до меня. Я сюда пришёл в 2008 году, когда работал ещё в ВАС РФ. Не было кафедры гражданского права. И я как раз думал, что некоторые мои коллеги, переехавшие в Москву, где-то работали, было бы здорово им где-то ещё и преподавать. Влезать в какие-то уже существующие структуры и выпихивать оттуда людей было бы неправильно. А на факультете права, оказалось, нет кафедры гражданского права. Так совпало. Я оказался здесь, с одной стороны, случайно, а с другой стороны, не совсем. Свободолюбие в Вышке осталось. Мой рефрен такой: «В других-то местах ещё хуже!»

– Вы уже говорили нам в интервью, что по-хорошему 60% вузов надо закрыть. Так Вы предлагаете решить проблему разрыва в уровне образования между центром и регионами?

– В советские времена было вроде десять юрфаков, и никто не умирал. Они были такими «плавильными котлами» для регионов. И те, кто их закончил, были своеобразной элитой, в этом не было ничего плохого. Сейчас, я в этом убеждён, средства, которые тратятся на образование и науку размазываются по огромному количеству мимикрирующих учреждений так, что не хватает нормально никому. Это серьёзно влияет на наше образование и науку. Это не позволяет формировать академические научные коллективы, которые могли бы быть профессиональными, а все смотрят «на сторону», надо где-то зарабатывать. Такого в советские времена не было, во всяком случае, в 70-е годы точно, в 60-е и подавно. Потому что люди боролись, чтобы занять место на кафедре, большие деньги получали по тем временам. А что вы хотите? Например, у профессора зарплата была до денежной реформы Хрущёва 5000 рублей. Сколько денег получали, например, министры? 8000 рублей. Это были совершенно не те деньги, что мы имеем сейчас. Я думаю, что Вы прекрасно знаете, сколько сейчас получают профессора. Это вообще не соответствует тому уровню. Бились за ту позицию серьёзно, поэтому туда шли лучшие. Я помню, когда наш курс распределяли в 87-м году, там тоже были списки, какой-то рейтинг. Всем рассказываю эту историю, повеселю и Вас.

Вверху списка 3 или 4 человека – это в аспирантуру, мы себе берём. Потом пошли в прокуратуру, адвокатуру, а внизу – жилищные органы, собес, а последняя категория снизу – госнотариат, – вот она, объективная картина была. С того момента, конечно, с нотариусами много чего произошло, и большие заработки привлекли туда контингент более-менее подготовленных людей. А про то, что было в госнотариате, даже не буду рассказывать. Поэтому для науки были другие условия. А сейчас размазываем и так маленькие деньги... Как нам быть? Либо мы сокращаем ненужные вузы и оставшиеся начинаем нормально поддерживать, либо вводим профессиональный экзамен, юристов «выбрасываем» в рынок, чтобы естественным путём какие-то юрфаки закрылись сами, так как у них не будет рейтинга, их выпускники не будут сдавать экзамен. Я приведу пример, недавно искал вакансию водителя на Head Hunter, Вы знаете, очень много попадается кандидатов на должность водителя – юристов по образованию. Я просмотрел, предположим, тысячу человек, и 12-13 юристов с юридическим образованием претендовали на работу водителя. Причём никакого МГУ, МГЮА, только неизвестные вузы, я про такие даже никогда и не слышал. Получается, мы куда людей готовим и для чего? Это просто безумная растрата средств. Связана она с тем, что парни не хотят служить в армии, и у людей почему-то такое представление, что высшее образование это круто, в большинстве своём. Вот эти мотивы надо убрать, и тогда всё будет более-менее понятно. Я считаю, что профессиональная армия резко сократит абитуриентов. Когда человек будет иметь варианты: не служить или служить, поверьте, вузы наши не досчитаются студентов, это будет так. И я думаю, что нынешняя цифровизация очень быстро нивелирует разницу между высшим образованием и средним. Вот это нанесёт удар по престижу высшего образования, так как ключевое значение приобретут навыки, а не корочки. И разгосударствление науки и общества будет этому немало способствовать, правда, об этом рано пока говорить.

– Пятилетний бакалавриат – это признание, что специалитет был лучше?

– Ой, Вы очень болезненную тему затрагиваете, потому что я не хочу высказываться критически, но и позитивного ничего Вам не скажу про пятилетний бакалавриат. Поживём – увидим!

– Вы высказывались в поддержку практикоориентированного образования и говорили, что Ваша цель заключается в том, чтобы по окончании факультета можно было устроиться юристом, а не стажёром или помощником. Но почти всем приходится пройти этап стажёра: либо во время обучения, либо после него. Почему не удаётся переломить эту тенденцию, на ваш взгляд?

– Надо менять образование на юрфаках, потому что я вижу, что все мы недорабатываем с точки зрения практикоориентированности. Это же легче: рассказывать теорию, а не говорить о том, как оно на самом деле есть. Я помню, когда в молодые годы я читал римское право, знаете, как я его любил? Это же так здорово! Один раз выучил и читаешь его студентам, больше ничего не обновляется, никаких изменений нет, стало быть, и нагрузки тоже. А если человек читает курс по гражданскому праву, а ещё лучше по специализированным отраслям, то приходится готовиться. Постоянно всплывают какие-то вещи, которых ты не знаешь, пропустил, надо читать, а это тяжело. Практикоориентированное образование предъявляет повышенные требования к преподавателю, он должен знать практику. Иначе как он будет готовить студентов? Потому и должны быть специальные практические дисциплины. Надо понимать, что все вузы разные. Например, МГУ – это, как правило, академическое образование, и они меняться не собираются. Но ВШЭ нашла себя в ином качестве на этом насыщенном рынке. Поэтому я не вижу ничего кроме практикоориентированного образования для определённых сфер. В сфере частного права, прежде всего.

– В интервью с А. Егоровым 5 лет назад Вы говорили, что редактируете кафедральный учебник по гражданскому праву, но в свет он так и не вышел, почему?

– Прежде всего, из-за моей лени. Я не хотел подгонять всех писать. А может быть, потому, что время учебников прошло. Сейчас объясню почему. Сколько раз я общался с издателями, все говорят, что на учебниках уже не заработаешь.

– Их разве не покупают вузы?

– Просто не заработаешь и всё. Возьмём ту же Глоссу, являющуюся более сложным материалом,

нежели учебник. Но они так и не смогли издать её, всё время находят спонсоров, позволяющих делать Глоссу свободной в доступе. Цифровизация убивает печатную продукцию. Дальше мы будем видеть это всё больше и больше. Рыночный механизм в этой сфере разрушается. Поэтому как это будет происходить, каким путём будет двигаться, сейчас только какие-то тренды нащупываются для будущего. Я вообще не понимаю, как это будет. Ну, смотрите, гибнут все журналы как коммерческие предприятия. Мы придём к тому, что это будут либо спонсируемые издания при вузах, а тогда где остальные, что для них останется? Причём я понимаю, что вузовские журналы, они все не местечковые, но близко к ним. Там дядя Вася с тётей Машей публикуют друг друга. Хотя все про повышенные требования говорят, Scopus, Web of Science, но все понимают, что если издание субсидируемое, вуз платит за него, то он и заказывает музыку. Только рыночные механизмы могут сделать объективный и независимый издательский центр. Некоторые европейские и американские издательства пошли другим путём, они вообще не идут в цифру. В цифре у них ничего нет, нельзя ни купить, ни подписаться. Книги дорогие, очень дорогие для того, чтобы платить гонорары авторам. Потому и введён запрет на цифровые копии. Но и это ведь путь в никуда. Мне кажется, что только сильно растянет процесс, но это процесс умирания. Возвращаясь к учебнику – лень моя и общий фон. Когда нет никаких мотивов для многих авторов работать над учебником, не получается и учебника. Раньше были гонорары, теперь в ВШЭ издание учебников уже не является критическим, важнее публиковать статьи в журналах из белого списка Вышки, не ВАК, а нашего, он намного меньше. На наших глазах просто рождается новая реальность, связанная с цифровизацией. Во что это выльется – не знаю.

– Какова была основная идея Вашего учебника? Чем бы он отличался от учебника МГУ?

**ДЛЯ МЕНЯ КЛЮЧЕВЫЕ
КНИГИ – ЭТО ГАНС
КЕЛЬЗЕН С ЕГО ЧИСТОЙ
ТЕОРИЕЙ ПРАВА,
ЭТО ПЕТРАЖИЦКИЙ
С ЕГО ПСИХОЛОГИЧЕСКОЙ
ТЕОРИЕЙ ПРАВА И ЭТО
ЮРИСТЫ-ЭКОНОМИСТЫ
АМЕРИКАНСКИЕ АДОЛЬФ
БЕРЛИ И ГАРДИНЕР
МИНЗ, КОТОРЫЕ
СВЯЗАЛИ ПРИНЦИПЫ
ОРГАНИЗАЦИИ
И СОБСТВЕННОСТЬ**

– Идея была сделать простой учебник для бакалавриата, два тома, небольшие по объёму и просто написанные. Не всем удалось просто написать. Просто писать – это вообще очень сложно.

– Вы как выпускник ЛГУ можете сказать, чем отличаются московская и питерская юридические школы? Какие образовательные традиции Вам ближе?

– Отвечу анекдотом. Чем отличаются люди в метро в Москве и в Петербурге? В Москве обычно ездят такие крепкие и здоровые люди, но без признаков интеллекта. А в Петербурге ездят часто очень интеллигентные, но странные или с явными признаками вырождения. Что лучше? Я не знаю! Но это шутка. А если честно, то вот сейчас была дискуссия в Club House, стал ли Петербург провинциальным городом? Конечно стал, это моё мнение. Он стал провинциальным в 1923 году, когда три четверти населения было уничтожено или убежало за границу и никого не осталось. То есть люди, которые жили в царском Петербурге, не остались, они не переехали в Петроград и Ленинград, они просто растворились в истории, и именно тогда Петербург стал провинциальным городом, был всё это время таковым и остаётся. Какие-то остатки есть, но очень маленькие и очень слабые, едва теплится жизнь, вот моё мнение о происходящем.

– Какие книги по праву Вы считаете обязательными к прочтению?

– Для меня ключевые книги – это Ганс Кельзен с его чистой теорией права, это Петражицкий с его психологической теорией права и это юристы-экономисты американские Адольф Берли и Гардинер Минз, которые связали принципы организации и собственность. Это старая работа 1933-го года, которая называется «Современная корпорация и частная собственность», она переиздана, можно почитать. Можно много ещё чего



называть, но для юриста важны эти три, объясню почему. Для нас как для юристов континентального права очень важно учение Ганса Кельзена, которое выводит всю правовую систему из общего принципа. Это не американский путь образования права, но путь, по которому мы идём. Хотя, конечно, мы не до конца принадлежим к континентальной модели, Германия в этом смысле – более последовательная страна. Во всяком случае учение Кельзена позволяет выстроить в голове юриста систему воззрений, причём с самого начала, а у нас многие об этом не думают. Я часто критикую своих коллег: «Вот вы же не сформулировали для себя представление о том, что такое право, а вы начинаете разгла-

гольствовать о каком-то отдельном институте, можете написать что-то, а потом передумать». А тот, кто меняет часто свою позицию по простым институтам, скорее всего, не имеет общих представлений, а учение Кельзена очень полезно для формирования таких представлений. Петражицкий – не только серьёзный цивилист, но и теоретик. Он очень серьёзно обратил внимание на роль психологии в праве и формирование тех или иных положений исходя из эмоций, чувств и поведенческих реакций. Право очень серьёзно зависит от этого, ибо направлено на человека. Понимать, кто и как себя поведёт, можно не только и не столько зная, какие нормы права им управляют, но и мотивы, которыми люди руко-

водствуются. А третий труд для меня очень важен в личностном плане, он закладывает основы теории организации применительно к собственности и показывает, когда частная собственность эффективна, а когда – нет. И как организационные вопросы могут извратить самые красивые нормы о праве собственности и полностью перестроить реальность.

– Как Вы учились и как, Вы считаете, нужно учиться современным студентам?

– У меня есть одна четвёрка (все остальные пятёрки) по государственному праву капиталистических стран. Вы не думайте, что я так плохо знал эту дисциплину. Просто профессор был такой смешной, мы всё время потешались над ним на лекциях, может быть и зря. Но он делал очень забавные ошибки в своих лекциях. Например, рассказывал про какие-то партии в Англии, а говорил, что председатель либеральной партии – Джон Леннон (музыкант), все смеялись. Может, он и специально допускал эти глупости. Ведь были и такие преподаватели, у них был проверочный вопрос, были вы на занятиях или нет. У нас был преподаватель по земельному праву, который спрашивал нас: «Кто такая тёлка?» Ответ был такой: «Тёлка – это корова-девочка». Вот такой хитрый крестьянский ум на экзамене. Знаешь? Значит, был на лекции. Не знаешь? Попался! И не надо запускать списки присутствующих. Я, правда, никогда не пускаю, некоторые делали это. Собчак запускал списки, чтоб Вы понимали. Он читал нам гражданское право и всегда их запускал. Так вот, я смеялся и шутил над тем преподавателем, а он это заметил. Так что как бы хорошо вы не знали какой-то предмет, с точки зрения психологической теории Петражицкого всегда оценивайте фактор обиды и шуток. Поскольку я люблю разные шутки и периодически их шучу, вот меня

наказали, поставив мне одну четвёрку. Не знаю, я не особо расстраивался. Да и в учёбе не напрягался, скажу честно.

– Без бессонных ночей, пропадания в библиотеке?

– Да, мне не сложно было учиться. Сложно было писать диссертацию, приходилось помногу сидеть в библиотеках. Сейчас я не знаю, как вообще пишут диссертации, ведь никто в библиотеках штаны не просиживает. Откуда-то нахватывают, скачивают из интернета ссылки и, пожалуй, всё. Старые книги плохо оцифрованы. Соответственно и диссертации получаются разные. Был лозунг во времена Брежнева: «Больше товаров хороших и разных!», потом его юмористы переделали: «Больше товаров хороших, потому что разные у нас уже есть!» Что я могу сказать студентам? Надо гармонично совмещать учёбу и прочие развлечения, потому что жизнь коротка и такого уникального шанса развлечься, как в студенческие годы, у вас больше не будет. Потому что потом будут дети, работа, ипотека и прочие расходы, будет уже не до развлечений. Поэтому пользуйтесь возможностью, с одной стороны. С другой стороны, надо понимать, что

**МЫ ПРОШЛИ ПЕРИОД,
КОГДА ЗНАНИЕ БЫЛО
СОКРОВЕННЫМ,
А ПРОФЕССОР
В МОНОПОЛЬНОМ
ПОРЯДКЕ ИМ ОБЛАДАЛ
И ДЕЛИЛСЯ С ВАМИ.
ИНФОРМАЦИЯ СВОБОДНО
РАСПРОСТРАНЯЕТСЯ.
ПОТОМУ КЛЮЧЕВОЕ –
ЭТО ПОНИМАНИЕ ПРЕДМЕТА
И ЕГО ЛОГИКИ**

знания – дело наживное, а понимание предмета – вопрос ключевой. Если вы понимаете логику того, чем занимаетесь, то у вас есть скелет, на который вы сможете наращивать сколько угодно мяса знаний. Если скелета нет, то и учить бессмысленно. Ключевое – это понимание, и ради этого стоит учиться, формировать свои взгляды. А если вы не знаете какого-то подзаконного акта Министерства природных ресурсов – ничего страшного. Всегда есть база данных и можно это найти. Мы прошли период, когда знание было сокровенным, а профессор в монопольном порядке им обладал и делился с вами. Информация свободно распространяется. Потому ключевое – это понимание предмета и его логики.



УДК 346.52

Булавчик Елизавета Вячеславовна
(evbulavchik@edu.hse.ru)
студент 4 курса бакалавриата
НИУ ВШЭ – Санкт-Петербург,
образовательная программа
«Юриспруденция»

Bulavchik Elizaveta
4th-year student of bachelor
program of the Higher School
of Economics - St. Petersburg,
educational program
«Jurisprudence»



Улугназаров Азизбек Аъзамович
(aaulugnazarov@edu.hse.ru)
студент 4 курса бакалавриата
НИУ ВШЭ – Москва,
образовательная программа
«Юриспруденция»

Ulugnazarov Azizbek
4th-year student of bachelor
program of the Higher School
of Economics – Moscow,
educational program
«Jurisprudence»

АВТОМАТИЗАЦИЯ КОМПЛАЕНСА В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ

COMPLIANCE AUTOMATION IN THE DIGITAL AGE

АННОТАЦИЯ: Legal Tech все активнее внедряется во все области юриспруденции, и комплаенс не стал исключением. В статье описывается, для каких целей следует внедрить комплаенс-политики как в малый, так и крупный бизнес; каким образом сфера деятельности корпорации повлияет на внедряемые процедуры; какие из возможных процедур и каким образом можно автоматизировать. В зависимости от персонализированности системы для работы компании, а также от объема личного участия юристов в проверке данных в настоящей работе выделены как более дорогостоящие программы, подходящие для интернациональных корпораций, так и средний ценовой сегмент; сделаны выводы о необходимости повсеместного внедрения и автоматизации комплаенса.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: комплаенс, антикоррупционный комплаенс, автоматизация комплаенса, цифровизация комплаенса, антиотмывочное законодательство, комплаенс-политики, комплаенс-процедуры.

ANNOTATION: LegalTech is increasingly breaking into all areas of law, and compliance is not an exception. The article describes the purposes for which compliance policies should be implemented in both small and large businesses; how the scope of the corporation's activities will affect the procedures being implemented; which possible procedures and how they can be automated. Depending on the personalization of the system for the company's work, as well as on the amount of personal participation of lawyers in data verification, this paper identifies both more expensive programs suitable for multinational corporations and the middle price segment; conclusions are drawn about the need for widespread implementation and automation of compliance.

KEYWORDS: compliance, anti-corruption compliance, automation of compliance, digitalization of compliance, anti-laundering legislation, compliance policy, compliance procedures.

Legal Tech все активнее входит во все области юриспруденции, и комплаенс не стал исключением. На данный момент невозможно представить работу юриста без использования различных электронных инструментов и систем, будь то использование справочно-правовых баз для поиска необходимой информации или же подача иска онлайн. Автоматизация и цифровизация — это общемировой тренд во всех областях, и юриспруденции необходимо соответствовать стремительно развивающемуся миру.

Главная гипотеза настоящей работы заключена в следующем: исходя из общемировых трендов развития всех сфер жизни общества, юриспруденция и, в частности, комплаенс, не могут существовать без отвечающих требованиям времени электронных систем.

Данная работа актуальна ввиду общего тренда развития сферы Legal Tech, а также повышения значимости антикоррупционного комплаенса и его повсеместного внедрения во внутренние бизнес-политики. Однако наибольшее внимание в имеющихся исследованиях, касающихся цифровизации, посвящено правовому статусу блокчейна и криптовалюты, а также попыткам понять, что такое цифровые активы, регламентировать правовой статус, раскрыть возможности применения и т. д. В настоящее время цифровизация затрагивает все больше областей права, является чем-то более широким, чем отдельные технологии, и чем-то более близким к современной юриспруденции и посильным для внедрения даже представителями малого и среднего бизнеса. А цифровизация комплаенса – достаточно новая и неразработанная тема в правовой науке, которую стоит рассмотреть глубже.

Относительно заявленной темы исследования на текущий момент нет каких-либо значимых или фундаментальных работ, большинство используемых в исследованиях тем относится к комплаенсу как таковому, вопросы его цифровизации не затрагиваются. Однако существует множество менее авторитетных источников, например, видео/текстовые повествования компаний разработчиков электронных систем, а также примеры частных решений (например, совместная система «Тинькофф Страхования» и PravoTech)¹. Большая часть работы основана на логическом анализе различных сведений об имеющихся комплаенс-программах и представляет собой частную рекламу или обобщенное перечисление имеющихся решений.

На сегодняшний день комплаенс стал неотъемлемой частью внутреннего регулирования для бизнеса. Развитие законодательства, его усложнение и регламентация ответственности за нарушения разрозненного регуляторного законодательства привели к тому, что компаниям гораздо выгоднее

самостоятельно следить за соблюдением динамично меняющегося законодательства. На текущий момент существует множество различных отраслей комплаенса, например: антимонопольный, санкционный, налоговый, коррупционный и пр.

В данной статье будет проанализирован именно антикоррупционный комплаенс, послуживший зарождению новой отрасли права – комплаенсу. Его появление во многом обусловлено принятием в США закона Foreign Corruption Practice Act (далее – FCPA)² после скандалов 60–70-х гг. XX в.³ В теории комплаенса есть несколько, на наш взгляд, наиболее удачных определений данного термина. По определению международных стандартов ISO комплаенс (от англ. «согласие») – это результат выполнения организацией своих обязательств, который становится устойчивым благодаря включению его в культуру организации, а также в поведение и отношение людей, работающих на нее. Ставрос Гадинис, профессор Школы Права Университета Беркли, и Амелия Миазад, директор и старший научный сотрудник Института бизнеса в обществе в Университете Беркли, с опорой на судебную практику сформулировали следующее определение комплаенс-системы: это функционирование в организации внутреннего комитета контроля, который проводит регулярные обсуждения и обзоры работы с участием высшего руководства⁴. Некоторые специалисты рассматривают комплаенс в качестве обособленного вида риск-менеджмента⁵.

Бумом распространения антикоррупционного комплаенса можно считать начало 2000-х годов. За эти два десятилетия к ответственности за коррупционные нарушения были привлечены такие крупные корпорации, как Microsoft (2019), Pfizer (2012), Avon Products Inc. (2014), Johnson&Johnson (2011). Более того, с каждым годом кейсов по FCPA становится всё больше и больше⁶.

Согласно исследованиям PWC за 2017-2019 гг. общий ущерб мирового бизнес-сектора по при-

¹ Автоматизация судебной работы // Экосистема Legal Tech URL: <https://pravo.tech/casestudies/tinkoff> (дата обращения: 15.01.2021).

² Foreign Corrupt Practices Act // U.S. Department of Justice URL: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (дата обращения: 15.01.2021).

³ Чмелева Татьяна Анатольевна Понятие комплаенса в гражданском праве: правовые и неправовые аспекты // Материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием, посвященной 25-летию юридического факультета Бурятского государственного университета имени Доржи Банзарова. Улан-Удэ: Бурятский государственный университет имени Доржи Банзарова, 2019. С. 108-112.

⁴ Gadinis, Stavros and Miaad, Amelia. The Hidden Power of Compliance (<https://ssrn.com/abstract=3123987> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3123987>

⁵ Michael D. Greenberg. Directors as Guardians of Compliance and Ethics Within the Corporate Citadel: What the Policy Community Should Know // 2010. P 13-18

⁶ SEC Enforcement Actions: FCPA Cases // U.S. Security and Exchange Commission official website [Электронный ресурс] URL: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (Дата обращения: 10.04.2020)

НА ДАННЫЙ МОМЕНТ КОМПАНИИ БОРЮТСЯ С КОРРУПЦИЕЙ В СФЕРЕ БИЗНЕСА НЕ ТОЛЬКО ВО ИЗБЕЖАНИЕ ТАКИХ НЕГАТИВНЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ, КАК КРУПНЫЕ ШТРАФЫ И АДМИНИСТРАТИВНАЯ/УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, НО И В ЦЕЛЯХ СОХРАНЕНИЯ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ ДОБРОПОРЯДОЧНОЙ КОМПАНИИ

чине экономических преступлений составил 42 миллиарда долларов США. Причем в 37% случаев в качестве нарушителей выступали сотрудники компаний. Среди самых распространенных нарушений фигурируют нарушения антимонопольного и налогового законодательства, отмывание доходов, коррупция и мошенничество. Ежегодный объем всех взяток в мире в настоящее время оценивается в \$1 трлн, как сообщили в ООН. Помимо этого, мировая экономика дополнительно каждый год теряет \$2,6 трлн от коррупционной деятельности, что составляет 5% мирового ВВП⁷.

На данный момент компании борются с коррупцией в сфере бизнеса не только во избежание таких негативных последствий, как крупные штрафы и административная/уголовная ответственность, но и в целях сохранения деловой репутации добросовестной компании. Антикоррупционное законодательство Америки (FCPA⁸) и Великобритании (UKBA⁹) имеют экстерриториальное действие. Эффект может быть двусторонний: как для российской компании может быть затруднителен выход на рынки Америки и Европы, невозможность взаимодействия с рядом иностранных контрагентов ввиду неразвитости внутренних комплаенс-положений, так и нарушение данных

правил контрагентами может повлечь серьезные финансовые и правовые проблемы. Например, «Минфин США наложил санкции на компанию COSCO Shipping Tanker (Dalian) Co за торговые операции с иранской нефтью. По американским правилам санкции были одновременно наложены также на все компании, в которых COSCO владеет 50 и более процентами, и на их дочерние и прочие аффилированные с ними компании»¹⁰. Впоследствии, ввиду того что «Ямалнефтегаз» приобрел суда у совместного предприятия с одной из дочерних компаний COSCO, у судов будет ограничен доступ в иностранные порты.

Отдельные коррупционные правонарушения сотрудников компании могут сильно навредить всему бизнесу и даже разрушить его. Для предотвращения коррупционных кейсов в компаниях, относящихся к крупному и все чаще к среднему бизнесу, можно встретить юриста, в полномочия которого входят вопросы разработки и соблюдения компанией антикоррупционных норм. Более того, открываются целые отделы по комплаенсу. Их роль заключается в анализе и оценке имеющихся, а также возможных рисков, разработке внутренних регламентов, правил и политик, контроль за ознакомлением с данными внутренними требованиями всех сотрудников компании, а также оперативное реагирование на планируемые или выявленные случаи нарушений с целью предотвращения влияния коррупционных и иных правонарушений на деятельность компании, минимизации данных случаев, вплоть до их полного устранения.

Так, в качестве основополагающей цели комплаенс-практик декларируется «сведение к минимуму риска вовлечения компании в процессы, которые могут обернуться для нее не только финансовыми потерями, но и потерей доверия со стороны общества в лице регулирующих органов, инвесторов, партнеров, акционеров, клиентов и т. д., то есть минимизация комплаенс-риска»¹¹.

Следует понимать, что на сегодняшний день весь бизнес стремится к максимальной автома-

⁷ Респонденты глобального опроса PwC: ущерб бизнесу от экономических преступлений составил 42 млрд долларов США // PwC URL: <https://www.pwc.ru/ru/press-center/2020/ushcherb-biznesu-ot-ekonomicheskikh-prestupleniy.html> (дата обращения: 15.01.2021).

⁸ The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 // URL: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-english.pdf> (дата обращения: 15.01.2021).

⁹ The 2010 UK Bribery Act. Adequate Procedures. Guidance on good practice procedures for corporate anti-bribery programs // URL: <http://www.navigant.com/-/media/WWW/>

[site/downloads/disputes%20investigations/uk_bribery_act_what_are_adequate_procedures_article%20final.ashx](http://www.navigant.com/-/media/WWW/site/downloads/disputes%20investigations/uk_bribery_act_what_are_adequate_procedures_article%20final.ashx) (дата обращения: 15.01.2021).

¹⁰ Силин Н. Комплаенс-контроль: автоматизация невозможна? Неизбежна! // Банковское обозрение. 2019. № 11. С. 66 - 67

¹¹ Цепилова Е.С. Методология и инструментарий корпоративного контроля выполнения налоговых обязательств хозяйствующими субъектами: Дис. ... д. э. н. Ростов-на-Дону, 2016. С. 214.

тизации своих внутренних процессов, что происходит чаще всего посредством цифровизации. Невозможно представить себе компанию, осуществляющую свою деятельность без помощи компьютеров, различных систем и программ, в которых хранятся важные документы компании, базы данных (например, клиентов, поставщиков, имущества), с помощью которых происходит коммуникация внутри компании и вне ее. Пандемия коронавируса COVID-19 еще более усилила скорость внедрения компьютерных технологий, именно благодаря которым поддерживается деятельность бизнеса в эпоху локдауна. Видеоконференции, онлайн-звонки, электронная почта, с помощью которой пересылаются документы и корпоративные данные, онлайн-кошельки и криптовалюта. Сотрудники стали чаще работать дистанционно, возможности контроля сильно ослабли и стали зависимы от технических возможностей компании-работодателя.

Риски могут быть самыми разными: от заключения договоров по завышенным ценам с целью получения коммерческого подкупа и заключения договоров с фирмами-однодневками до торговли инсайдерской информацией и продаж баз данных клиентов. Например, в 2019 г. Сбербанк признал утечку персональных данных 200 клиентов¹². Естественно, данное происшествие повлекло репутационные и биржевые последствия. Со слов заместителя председателя правления банка Станислава Кузнецова, озвученных на Всемирном экономическом форуме (ВЭФ) в Давосе, в компании были значительно ужесточены правила работы со служебной информацией. По его словам, была разработана соответствующая комплексная автоматизированная система¹³.

Поскольку бизнес цифровизируется, становится более технологичным и современным, то вполне логично, что и комплаенс выходит на новый цифровой уровень и становится неразрывно связан с кибербезопасностью. В статье «Автоматизация комплаенса: миф или реальность?» автором

предлагается, на наш взгляд, перспективная возможность автоматизации комплаенса на базе технологии блокчейн¹⁴. Из основных преимуществ данной системы следует обратить внимание на статичность и уверенность в неизменности данных: данные возможности выступают в качестве передовых для весьма значимой информации об антикоррупционных рисках. Дополнительно стоит отметить, что хранение персональных данных с использованием блокчейна противоречит экстра-территориальным правилам Общего регламента защиты данных GDPR¹⁵, а также является весьма дорогостоящей и сложной в части внедрения системой.

Также автор статьи рассуждает на тему обеспечения баланса между роботизацией комплаенса и полного отказа от какой-либо автоматизации, дополнительно указывая те процессы, в которых можно применить цифровые технологии. Отметим следующие интересные, на наш взгляд, процедуры: «консультирование по политикам» и «отправка автоматических сообщений на запросы». Попробуем развить данную тему. На наш взгляд, комплаенс-политики необходимо закреплять в локальных нормативных актах корпорации, внедряя лучшие антикоррупционные практики. Автоматизировать можно оповещение о необходимости их обновления и пересмотра через определенный промежуток времени; направление уведомлений для работников о необходимости ознакомления и подписания; онлайн-тренинги (от тестирования до видео-игр и онлайн-кейсов, разработанных специально в соответствии с рисками конкретной корпорации), прохождение которых можно сделать обязательным с дальнейшим включением в показатели KPI.

Однако роботизация на данный момент находится в стадии технических наработок, далеко не все компании готовы поручать машинам принимать решения, инвестировать действительно огромные средства в блокчейн-технологии. Есть ли другие возможности автоматизации работы

¹² Крупнейший банк признал утечку данных клиентов // Сайт информационного агентства «РБК». URL: <https://www.rbc.ru/finances/03/10/2019/5d961b359a794728753d4820> (дата обращения: 15.01.2021).

¹³ Сбербанк после утечки данных ввел жесткие правила работы с клиентской информацией // Сайт информационного агентства «Интерфакс». URL: <https://www.interfax.ru/russia/692045> (дата обращения 15.01.2021)

¹⁴ Филиппович А.А. Автоматизация комплаенса: миф или реальность? // Предпринимательское право. 2019. N 1. С. 54 - 59.

¹⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // Access to European Union Law. 2016. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (дата обращения: 15.01.2021).



комплаенс-юристов? Уже давно существуют такие правовые системы, как КонсультантПлюс, Гарант, Мой Арбитр, однако все больше мы сталкиваемся с появлением таких систем для внутреннего контроля, как CaseOne, Preferentum, Стахановец, а также прочими персональными решениями. По результатам внедрения данных систем могут быть предоставлены следующие возможности.

Благодаря им компания точно знает, какие файлы хранятся на тех или иных компьютерах у тех или иных сотрудников. Существует возможность контролировать доступ к разным файлам. Благодаря таким системам, как, например, Стахановец, существует возможность записи экрана и всех действий. То есть, если мы предположим, что сотрудник решит каким-либо образом, например, подделать ту или иную документацию или же скопировать файлы, с помощью программ появится ясное понимание того, что, как и когда он делал.

Существуют также системы, собирающие добровольно переданные данные о сотрудниках и контрагентах, а также данные из открытых источ-

ников, что позволяет установить возможности конфликта интересов и пресечь его. Примером такой системы может быть находящаяся в разработке система Transparent Deal, которая исследуется и доводится до совершенства Лабораторией Касперского и Пепеляев Групп¹⁶.

Многие системы все чаще создаются с возможностью синхронизации с другими системами. Это важно, поскольку не существует на данный момент системы, способной выполнять весь функционал, и к тому же часть необходимых систем и баз данных являются публичными, например, ЕГРН и ЕГРЮЛ имеют свойство постоянного обновления. Синхронизация важна, поскольку создание системы, которая бы выполняла весь необходимый функционал, на данный момент крайне тяжело, да и стоимость использования такой системы была бы гораздо выше. Так, например, Case One может работать совместно с Transparent Deal. Возможно также совместное использование с системами проверки контрагентов, такими как КонтрФокус и Seldom Basis. Данные программы могут дополнять

¹⁶ Интеллектуальная система Transparent Deal // Transparent Deal URL: <https://transparentdeal.ru/> (дата обращения: 15.01.2021).

друг друга уникальными собственными функциями, максимально соответствуя потребностям пользователя (и, соответственно, наличествующим рискам в компании). В данном случае отсутствует необходимость корпорации заказывать приложение «под себя» с нуля, что снижает стоимость и ускоряет внедрение автоматизированного комплаенса.

Существует множество аналогичных систем, разработанных для широкого круга пользователей. Одним из примеров является СПАРК, который, «собирая всю доступную информацию о компаниях и извлекая из нее знания, помогает бизнесу снижать риски и эффективно работать с контрагентами». По информации от компании Deloitte «СПАРК используют для проверки благонадежности партнеров 71,5% компаний крупного и среднего бизнеса». Похожие системы широко распространены на рынке: Контур.фокус (поиск и анализ связей, деловой активности), Nexis Diligence (которая использует информацию со всего мира и включает проверку контрагента на списки OFAC, HM Treasury и более 1 000 000 PEP-списков), СБИС, Импульс и другие¹⁷.

Развитие и цифровизация комплаенса неизбежны. И крайне важно следить за новыми IT возможностями, а также заблаговременно внедрять их, ведь усложняются и преступные коррупционные схемы: осуществляются с использованием компьютеров, новых цифровых инструментов, систем «сокрытия» информации и ее очистки.

В результате обновления и цифровизации внутрикорпоративного комплаенса развивается общая кибербезопасность компании, направленная на защиту данных как от внешних угроз, так и от внутренних. Кроме того, цифровизированные системы позволяют сотрудникам анализировать и прогнозировать возможные риски для их за-

благовременного предотвращения. Поскольку большая часть данных существует в цифровом пространстве, то и для комплаенс-офицеров крайне важна возможность контролировать доступ к этим данным и при распределении работы учитывать риски.

В соответствии с Руководством по лучшим практикам в сфере механизмов внутреннего контроля, этики и соблюдения требований компании вводят так называемый скрининг – проверку контрагентов с целью предварительного выявления рисков заключения контрактов (в том числе публичных

должностных лиц; государственных служащих; политических кандидатов или служащих партии, включая иностранных; аффилированных руководству компании субъектов; включенность в черные или санкционные списки).

Данные процедуры можно осуществлять как классическим способом: путем личного заполнения анкеты, так и автоматизированно: крупные компании имеют возможность внедрять системы онлайн-опросов, учитывая законодательство об обработке и хранении персональных данных, а также параллельно с помощью

специально разработанной программы, позволяющей проанализировать тот объем информации, который необходим на основании имеющихся рисков. Например, отраслевые риски компании, характер экономической деятельности, перечень контрагентов (клиенты, подрядчики) – данные факторы могут повлиять на вопросы для контрагентов и глубину анализа открытых материалов.

Помимо полноценной дорогостоящей программы, анализ контрагентов можно осуществлять с помощью вышеуказанных систем, которые используют как публичные, так и платные источники, базы данных, компьютеризируют информацию в аналитику в целях комплексного анализа рисков взаимодействия с контрагентами, знакомства с их

СУЩЕСТВУЮТ ТАКЖЕ СИСТЕМЫ, СОБИРАЮЩИЕ ДОБРОВОЛЬНО ПЕРЕДАННЫЕ ДАННЫЕ О СОТРУДНИКАХ И КОНТРАГЕНТАХ, А ТАКЖЕ ДАННЫЕ ИЗ ОТКРЫТЫХ ИСТОЧНИКОВ, ЧТО ПОЗВОЛЯЕТ УСТАНОВИТЬ ВОЗМОЖНОСТИ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ И ПРЕСЕЧЬ ЕГО

¹⁷ О системе // СПАРК URL: <http://www.spark-interfax.ru/about> (дата обращения: 15.01.2021).

ДОСТУП К СИСТЕМАМ, АВТОМАТИЗИРУЮЩИМ ДАННЫЕ ВОПРОСЫ, – ОТЛИЧНАЯ ПОМОЩЬ ДЛЯ ЮРИСТОВ И РУКОВОДИТЕЛЕЙ ФИРМ, ПОСКОЛЬКУ НА ОСНОВЕ БЫСТРО СОБРАННОЙ, ПОЛНОЙ, ВИЗУАЛИЗИРОВАННОЙ АНАЛИТИЧЕСКОЙ ИНФОРМАЦИИ ЛИЦО ПРИНИМАЕТ БОЛЕЕ ОБЪЕКТИВНОЕ И ВЗВЕШЕННОЕ РЕШЕНИЕ, ПОДМЕЧАЯ РИСКИ РАБОТЫ С ДАННЫМ КЛИЕНТОМ, В ТОМ ЧИСЛЕ ВОЗМОЖНЫЕ ДЛЯ ВКЛЮЧЕНИЯ В ОГОВОРКИ

финансовой отчетностью и иных аспектов, значимых для того или иного бизнеса. Так, в корпоративной части можно увидеть полную и схематичную историю перехода долей и корпоративных прав, выявить текущих бенефициаров, заметить финансовые и иные подозрительные схемы, например, корпоративные пирамиды. Чаще всего в данных системах отражены все имеющиеся и бывшие споры в судах, включая коррупционные обвинения.

Конечно, данную информацию можно проверить собственноручно, однако не вся информация доступна в открытых источниках, а также есть более сложные случаи, например, реорганизованные предприятия, компании с измененным наименованием. Кроме того, проверке подлежат и бенефициары, что значительно расширяет круг вопросов для поиска и усложняет комплаенс-процедуры. Доступ к системам, автоматизирующим данные вопросы, – отличная помощь для юристов и руководителей фирм, поскольку на основе быстро собранной, полной, визуализированной аналитической информации лицо принимает более объективное и взвешенное решение, подмечая риски работы с данным клиентом, в том числе возможные для включения в оговорки.

Какие же возможности открываются благодаря различным системам? Во-первых, это позволяет в значительной степени снизить издержки на комплаенс, поскольку подобные автоматизированные процессы требуют меньше средств, времени и людей, чем проведение расследований внутри компании; в целом, превентивные меры эффективнее и прозрачнее. Во-вторых, это позволяет повысить качество самого комплаенса благодаря тому, что мы можем использовать несколько разных программ, а также тому, что системы могут взаимодействовать друг с другом, и, как следствие, мы можем получать более точные данные и понимать степень риска. В-третьих, появляется возможность анализа GR рисков (то есть взаимодействия сотрудников с представителями государственных органов), а также контроль работы сотрудников и распределение трудовых задач. В-четвертых, благодаря электронным системам можно крайне быстро получить подробный отчет. Например, мы можем выгрузить отчет о степени благонадежности всех сотрудников или же информацию по сотруднику с целью перевода его на другой проект, если ему ограничен доступ к какой-либо информации или доступ к проекту специально защищен, он может получить ясный, своевременный и понятный отчет о возможности его участия и о необходимых для этого процедурах.

Хотелось бы отметить мнение доцента Прасолова В.И. о том, что «автоматизация комплаенса, несмотря на ее выгоды в долгосрочном периоде, требует больших денежных и временных вложений для внедрения ИТ решений»¹⁸.

Не согласимся с ним, ведь помимо платных программ на сегодняшний день существует масса открытых источников для проверки контрагентов. Например, почти все программы по скринингу контрагентов имеют некую сокращенную версию, позволяющую минимизировать самые объективные риски. Также на сайте ФНС заработала система «Прозрачный бизнес», где можно проверить для целей комплаенса аффилированных лиц (участие руководителя юридического лица в деятельности нескольких юридических лиц; адреса, указанные при регистрации нескольких юриди-

¹⁸ Прасолов В.И.1, Чешунас А.К. Аутсорсинг комплаенс-процедур как способ оптимизации расходов на комплаенс-функцию // Финансовый университет при Правительстве РФ. 2020. – Т. 3. – С. 20

ческих лиц); реестр дисквалифицированных лиц (предоставивших заведомо ложные сведения при регистрации, что может служить основанием для признания контрагента неблагонадежным). Данная система абсолютно бесплатная и подходит, в том числе, представителям малого и среднего бизнеса. Также стоит обратить внимание на «Открытую базу данных публичных должностных лиц России и Беларуси»: требуется регистрация, но ее предварительное использование поможет снять ряд коррупционных рисков.

Ещё одним способом проверки контрагента является запрос наличия иностранного счёта в банках Европы или Америки. Так, в данных странах антиотмывочное законодательство распространено намного больше, и, как следствие, субъект проходит доскональный анализ при открытии иностранного банковского счёта. Соответственно, риск неблагонадежности у держателей иностранных счетов в статусных и/или известных банках снижается к минимуму. Данный пункт проверки можно включить в один из критериев проверки контрагента и при наличии иностранного счёта в банке презюмировать, что данный контрагент не задействован в отмывании денег, финансировании терроризма и уклонении от уплаты налогов. Данное положение о презумпции необходимо учесть в локальном нормативном акте/политике в сфере комплаенса со ссылкой на цели Федерального закона от 07.08.2001 N 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»¹⁹ (статья 1), основываясь на Международных стандартах по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения на основании Рекомендаций ФАТФ^{20,21}. Например, в 13-й рекомендации указывается, что «финансовые учреждения обязаны в отношении трансграничных корреспондентских банковских и иных аналогичных отношений, помимо применения обычных мер надлежащей проверки клиентов: (а) собирать информацию об

ЕЩЁ ОДНИМ СПОСОБОМ ПРОВЕРКИ КОНТРАГЕНТА ЯВЛЯЕТСЯ ЗАПРОС НАЛИЧИЯ ИНОСТРАННОГО СЧЁТА В БАНКАХ ЕВРОПЫ ИЛИ АМЕРИКИ. ТАК, В ДАННЫХ СТРАНАХ АНТИОТМЫВОЧНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РАСПРОСТРАНЕНО НАМНОГО БОЛЬШЕ, И, КАК СЛЕДСТВИЕ, СУБЪЕКТ ПРОХОДИТ ДОСКОНАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРИ ОТКРЫТИИ ИНОСТРАННОГО БАНКОВСКОГО СЧЁТА

учреждении-респонденте, достаточную для получения полного представления о характере его деловой деятельности и определения на основе открытой информации его репутации и качества надзора, включая то, проводились ли в отношении него расследования на предмет отмывания денег или финансирования терроризма или применялись ли в отношении него меры со стороны контролирующих органов».

На основе всего вышесказанного можно сделать однозначный вывод, что цифровизация и автоматизация комплаенса является закономерным развитием данной сферы. Не только юриспруденция, но и все процессы в мире, будь то экономические, социальные или иные, рано или поздно приходят к цифровизации. Поскольку юриспруденция крайне важна и неразрывно связана с ведением предпринимательской деятельности, ей необходимо соответствовать запросам времени.

Безусловно, процесс цифровизации комплаенса требует определенных финансовых затрат, и чем крупнее и сложнее в своем устройстве компания, чем более рискованная сфера предпринимательской деятельности, тем больше необходимо вложений. Однако это оправдывается в долго-

¹⁹ О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма Федеральный закон от 07.08.2001 N 115-ФЗ

²⁰ FATF Secretariat, Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assessment Questionnaire (March 27, 2002), http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_en.htm (дата обращения: 15.01.2021).

²¹ Рекомендации ФАТФ : Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения / Пер. с англ. – М. : МУМЦФМ, 2012. – 189 с.

срочной перспективе, что подтверждает исследование PwC, в котором были приведены результаты опроса более 2000 руководителей компаний и специалистов в области управления рисками²². Согласно данному исследованию руководители компаний, в которых цифровизированы комплаенс-процедуры, считают, что технологии помогают «снижать затраты на функции комплаенса и при этом повышать эффективность таких моделей». Компании, использующие комплаенс-функции, приобретают высокий уровень эффективности: затрачивается минимум времени сотрудников, а возможность принимать верные решения на основании оперативного, но более глубокого и всестороннего анализа нивелирует репутационные, финансовые и правовые риски. Внедрение автоматизированного комплаенса очень широко: от процедур по проверке клиентов и контрагентов до отслеживания правовых изменений и обновления внутренних комплаенс-политик. Говоря о крупном бизнесе и транснациональных корпорациях в мире, где все бизнес-процессы цифровизированы, без автоматизации комплаенса пришлось бы тратить огромное количество денег и содержать внушительный штат комплаенс-офицеров, а также было бы большее количество ошибок, упущений и недочетов.

Автоматизированные комплаенс-системы позволяют снизить риски и затраты. Разумеется, как говорилось ранее, вложения необходимы и, воз-

можно, не каждая компания способна полноценно внедрить всесторонний комплаенс. Однако благодаря популяризации данного направления растет и количество различных продуктов с дифференцированной ценовой категорией. Чем меньше бизнес, тем ниже уровень комплаенс-контроля ему требуется, а современный рынок вполне может предложить решения более дешевые и простые. В них могут отсутствовать какие-либо функции, однако, возможно, они и не нужны для малого и среднего бизнеса. В зависимости от персонализированности системы для работы компании, а также от объема личного участия в проверке можно различать как более дорогостоящие цифровые и серьезные программы, подходящие для транснациональных корпораций, представителей крупного бизнеса, так и средний ценовой сегмент распространенных систем и онлайн-баз. При этом даже представителям малого и среднего бизнеса рекомендуется ввести обязательное внутреннее положение о предварительной проверке контрагентов с использованием открытого закреплённого перечня источников. Для большей автоматизации можно создать внутреннюю открытую таблицу Excel и вносить информацию об отсутствии или наличии рисков по каждой из отобранных открытых систем и баз. Таким образом, получается частично автоматизированный скрининг контрагента с минимальными затратами для бюджета.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Чмелева Татьяна Анатольевна Понятие комплаенса в гражданском праве: правовые и неправовые аспекты // Материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием, посвященной 25-летию юридического факультета Бурятского государственного университета имени Доржи Банзарова. Улан-Удэ: Бурятский государственный университет имени Доржи Банзарова, 2019. С. 108-112.
2. Michael D. Greenberg. Directors as Guardians of Compliance and Ethics Within the Corporate Citadel: What the Policy Community Should Know // 2010. P. 13-18.
3. Силин Н. Комплаенс-контроль: автоматизация невозможна? Неизбежна! // Банковское обозрение. 2019. N 11. С. 66 – 67.
4. Цепилова Е.С. Методология и инструментарий корпоративного контроля выполнения налоговых обязательств хозяйствующими субъектами: Дис. ... д. э. н. Ростов-на-Дону, 2016. С. 214.
5. Филиппович А.А. Автоматизация комплаенса: миф или реальность? // Предпринимательское право. 2019. N 1. С. 54 - 59.
6. Прасолов В.И.1, Чешунас А.К. Аутсорсинг комплаенс-процедур как способ оптимизации расходов на комплаенс-функцию // Финансовый университет при Правительстве РФ. 2020. – Т: 3. – С. 20.

¹⁸ Комплаенс на передовой: задавая темп инновационного развития Исследование современного состояния службы комплаенс за 2019 год. URL: <http://www.pwc.ru/ru/publications/collection/2019-state-of-the-compliance-rus.pdf>. (дата обращения: 15.02.2021)

7. Федеральный закон от 07.08.2001 N 115-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» // «Собрание законодательства РФ», 13.08.2001, N 33 (часть I), ст. 3418.
8. Рекомендации ФАТФ : Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения / Пер. с англ. — М. : МУМЦФМ, 2012. — 189 с.
9. Автоматизация судебной работы // Экосистема Legal Tech URL: <https://pravo.tech/casestudies/tinkoff> (Дата обращения: 15.01.2021).
10. Foreign Corrupt Practices ACT // U.S. Department of Justice URL: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (Дата обращения: 15.01.2021).
11. Gadinis, Stavros and Miazad, Amelia. The Hidden Power of Compliance (<https://ssrn.com/abstract=3123987> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3123987>)
12. SEC Enforcement Actions: FCPA Cases// U.S. Security and Exchange Commission official website [Электронный ресурс] URL: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (дата обращения: 10.04.2020).
13. Респонденты глобального опроса PwC: ущерб бизнесу от экономических преступлений составил 42 млрд долларов США // PwC URL: <https://www.pwc.ru/ru/press-center/2020/ushcherb-biznesu-ot-ekonomicheskikh-prestupleniy.html> (дата обращения: 15.01.2021).
14. The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 // URL: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-english.pdf> (дата обращения: 15.01.2021).
15. The 2010 UK Bribery Act. Adequate Procedures. Guidance on good practice procedures for corporate anti-bribery programs // URL: http://www.navigant.com/~media/WWW/site/downloads/disputes%20investigations/uk_bribery_act_what_are_adequate_procedures_article%20final.ashx (дата обращения: 15.01.2021).
16. Крупнейший банк признал утечку данных клиентов // Сайт информационного агентства «РБК». URL: <https://www.rbc.ru/finances/03/10/2019/5d961b359a794728753d4820> (дата обращения: 15.01.2021).
17. Сбербанк после утечки данных ввел жесткие правила работы с клиентской информацией // Сайт информационного агентства «Интерфакс». URL: <https://www.interfax.ru/russia/692045> (дата обращения 15.01.2021)
18. Филиппович А.А. Автоматизация комплаенса: миф или реальность? // Предпринимательское право. 2019. N 1. С. 54 - 59.
19. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // Access to European Union Law. 2016. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (дата обращения: 15.01.2021).
20. Интеллектуальная система Transparent Deal // Transparent Deal URL: <https://transparentdeal.ru/> (дата обращения: 15.01.2021).
21. О системе // СПАРК URL: <http://www.spark-interfax.ru/about> (дата обращения: 15.01.2021).
22. FATF Secretariat, Guidance Notes for the Special Recommendations on Terrorist Financing and the Self-Assessment Questionnaire (March 27, 2002), http://www.fatf-gafi.org/TerFinance_en.htm. (дата обращения: 15.01.2021).
23. Комплаенс на передовой: задавая темп инновационного развития Исследование современного состояния службы комплаенс за 2019 год. URL: <http://www.pwc.ru/ru/publications/collection/2019-state-of-the-compliance-rus.pdf>. (дата обращения: 15.02.2021).



УДК 341.1/8



Проявка Полина Рустамовна
(polina.proyavka@mail.ru)

студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
им М. М. Сперанского
Института права и национальной
безопасности (ИПНБ)
Российской академии народного хозяйства
и государственной службы
при Президенте РФ (РАНХиГС)

Proyavka Polina

3rd-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 (RANEPА)

THE STATUS OF DIPLOMATIC ASYLUM IN INTERNATIONAL LAW

К ВОПРОСУ О СТАТУСЕ ДИПЛОМАТИЧЕСКОГО УБЕЖИЩА В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

АННОТАЦИЯ: The article is dedicated to the issues concerning the status of diplomatic asylum in international law. Despite the existence of a practice of granting such asylum and some legal framework, a common approach to its legal status has not still been developed in international law. The article analyses legal acts and case law in which the particularities of diplomatic asylum are reviewed.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *diplomatic asylum, extraterritorial asylum, territorial asylum, refugees, international law.*

ANNOTATION: Статья посвящена рассмотрению статуса дипломатического убежища в международном праве. Несмотря на существование практики предоставления такого убежища и некоторых нормативных актов, регламентирующих данный правовой институт, в международном праве отсутствует общий подход к определению его статуса. В статье проводится анализ нормативных актов и судебной практики, в которых исследуются особенности предоставления дипломатического убежища.

KEYWORDS: *дипломатическое убежище, экстерриториальное убежище, территориальное убежище, беженец, международное право.*

The Vienna conventions on Diplomatic and Consular Relations do not define asylum as one of the recognized diplomatic or consular functions¹. The Preamble of the Vienna Convention on Diplomatic Relations provides that the provisions which are not covered by the present Convention shall be governed by the rules of customary international law².

The term “asylum”, despite its long existence, has not been defined in international law for some time. Only in 1950, the Institut de Droit international defined the “asylum” as the protection, which is offered by a state within its territory or the territory subject to its governmental bodies to an individual who seeks such protection³.

Remarkably, Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights stipulates the right “to seek and to enjoy asylum from persecution in other countries”, however, nothing is stated about the right to obtain it⁴. The granting of asylum is usually a sovereign right of states. Therefore, it allows a state to admit refugees at its discretion without inadmissible interference concerning the state of origin⁵. However, in practice states are reluctant to provide a person with a right to seek asylum. For instance, in the case of *Ker v. Illinois*, the Court held that there was no provision in the treaty, which stated that an individual leaving the United States to escape from the

¹ Article 3, Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, 500 The United Nations Treaty Series 95; Article 5, Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963, 596 The United Nations Treaty Series 261.

² E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* // 3rd edition, Oxford University Press, 2008. P.15.

³ Raestad, A., *L'asile en droit international public (a l'exclusion de l'asile neutre)* // Bruxelles, 1939.

⁴ UN General Assembly. *The Universal Declaration of Human Rights*, United Nations, 217 (III) A, Paris 1948; Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings* // Köln, 1962. P.81.

⁵ Walter Kälin, Jörg Künzli. *The Law of International Human Rights Protection* // Oxford: Oxford University Press 2009. P. 547.

criminal liability would have a right to an asylum in the territory of the country of destination⁶.

As a rule, asylum is granted to persons recognized as refugees. The Geneva Refugee Convention defines the term “refugee” as “a person who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country”⁷.

In the context of international law “asylum” is commonly referred to “territorial asylum”, which is granted by a state within its borders and which may be asserted to the pursuing state⁸. The competence of states to grant asylum on their territory stems mainly from the principle of territorial sovereignty, which provides an exclusive control over its territory⁹. Commonly, the right to grant territorial asylum extradition arises from treaties and rules of international law¹⁰. However, there have been situations in which the “territorial asylum” could not be granted, and individuals seeking protection requested assistance from another state. Those situations are referred to in the context of “extraterritorial asylum”.

“Extraterritorial asylum” relates to an asylum which is granted in legations, consulates, warships, and merchant vessels in foreign territory. Accordingly, it is granted within the territory of the pursuing state¹¹. However, legal issues concerning this notion were referred to in the context of “diplomatic asylum”. This type of asylum is considered as an asylum granted in embassies or other premises which are within the territory of another state¹². The issue of diplomatic asylum was particularly relevant in the Assange case¹³.

Julian Assange, the WikiLeaks founder, was granted asylum on 16 August 2012 in Ecuador. Nevertheless, the United Kingdom warned Ecuador that Assange could be arrested by force. Thereby, he had to stay in the embassy. After living in the embassy for 6 years and 10 months, Julian Assange was refused to be further granted a diplomatic asylum and left its premises, eventually, he was arrested by UK police.

The privileges usually enjoyed by the person who was granted a diplomatic asylum are not the same as in case of territorial asylum. The diplomatic asylum may ensure the safety of an individual, but only for

the time being at the territory of the embassy. As soon as an individual leaves it, he or she would get caught by authorities of the persecuting state.

Diplomatic asylum is interrelated with the theory of extritoriality of diplomatic missions. The Commentary drafted by International Law Commission in 1957 mentions the “extritoriality theory” under which the premises of the mission represent an extension of the territory of a sending state¹⁴.

Thereby the Ecuadorian embassy in London is considered a part of Ecuador, conversely, the United Kingdom’s authorities cannot enter it. Moreover, it would have constituted a breach of the Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961) and would have violated the status of inviolability of a diplomatic mission.

The status of diplomatic asylum is still rising a lot of questions among legal authorities. There are several views concerning its status. Most of them do not consider such a construct as “diplomatic asylum” as a part of international law.

A right of a state in whose embassy refuge has been taken (“the sending State”) to temporarily

REMARKABLY, ARTICLE 14 OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS STIPULATES THE RIGHT “TO SEEK AND TO ENJOY ASYLUM FROM PERSECUTION IN OTHER COUNTRIES”, HOWEVER, NOTHING IS STATED ABOUT THE RIGHT TO OBTAIN IT

⁶ Frederick Ker v. People of the State of Illinois, 119 U.S. Supreme Court, 1886

⁷ Art. 1 (A) (2), Convention relating to the Status of Refugees, Resolution 2198 (XXI) adopted by the United Nations General Assembly, 1951

⁸ Atle Grahl-Madsen. The Status of Refugees in International Law. Volume II: Asylum, Entry and Sojourn // Leiden: A. W. Sijthof, 1972. P. 4-5, 23.; Question of Diplomatic Asylum. Report of the Secretary-General by General Assembly. Thirtieth session. 22 September 1975

⁹ Felice Morgenstern, The Right of Asylum // British Yearbook of International Law, 1949. P. 327.

¹⁰ Ibid, p. 328, Atle Grahl-Madsen. Op. cit. P. 30.

¹¹ George J. Andreopoulos. Asylum // Encyclopædia Britannica. April 13, 2018. URL: <https://www.britannica.com/topic/asylum> (accessed 15.01.2021).

¹² F. Morgenstern, «Extra-Territorial Asylum» // British Yearbook of International Law, 1948. Pp. 236-261.; F. Morgenstern, «Diplomatic Asylum» // The Law Quarterly Review, 1951. Pp. 362-382; A. Grahl-Madsen, Op. cit. pp. 45-56.

¹³ Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1) UKSC 22 (30 May 2012)

¹⁴ Yearbook of the International Law Commission // Volume II, 1958. pp 94-5.

grant asylum as a matter of humanitarian protection is widely accepted. Such protection may be given either for the purpose to save a life or prevent injury where there is an immediate physical threat to the refugee or where the sending state determines that there is no prospect of his or her being given a fair trial on any charges by the authorities of the territorial state (“the receiving State”). There are cases when diplomatic asylum has been granted. Nevertheless, the legal practice is rather scarce. Thereby, it cannot be considered as an accepted customary rule of international law¹⁵.

The current position in international law was expressed by the International Court of Justice in the Asylum Case. According to its judgement, a decision to grant diplomatic asylum constitutes a derogation from the sovereignty of the state. Consequently, such a derogation cannot be recognized without

necessary legal basis¹⁶. Therefore, to grant such asylum must be ascertained by a particular treaty or custom¹⁷.

Conversely, a decision to grant diplomatic asylum is considered as a withdrawal of the offender from the jurisdiction of the territorial state. This provision was further noted by the Haya de la Torre case¹⁸. If the territorial state objects to a refuge or demands surrender of the person requesting asylum, the extraterritorial state will ordinarily not be entitled to grant asylum¹⁹. Thereby, extraterritorial asylum will normally not involve any actions to interfere in the internal affairs of another state²⁰.

Thus, the duty of non-interference in the affairs of the receiving state is prescribed by Article 41 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations. The principle of sovereignty of each state, prescribed by the United Nations Charter, must be also considered.



¹⁵ Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. *Oppenheim's International Law* // Volume I, Peace (2 vols.). 9th edition. Burnt Mill: Longman, 1992. pp. 1082–1086 (paras. 495–496).

¹⁶ *Asylum Case, Colombia v. Peru*, Judgment, I.C.J. 266 (Nov. 20), 1950, pp. 274–75

¹⁷ Prakash Shah. *Asylum, Diplomatic* // In: *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2006. P. 208.

¹⁸ *Haya de la Torre Case, Colombia v Peru*, Merits, Judgment, ICJ Rep 71, 13th June 1951, para 44, 45

¹⁹ A. Grahl-Madsen, *Op. cit.*, P. 46.

²⁰ P. Porcino. *Toward Codification of Diplomatic Asylum* // *New York University Journal of International Law and Politics*, 1976. P. 446.

Consequently, the asylum might be offered to a fugitive if he or she would not receive proper treatment or a fair trial in his or her state. Otherwise, a fugitive shall be surrendered to its state after a legal request from the local authorities.

As for the case when the state does not surrender the fugitive, such situation shall be considered as a deliberately withholding a fugitive from the normal operation of local laws²¹. This approach was supported by the UK Court of Appeal in the case of *R. (on the application of 'B' and others) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office*²². The court concluded that diplomatic asylum could be legally justified to protect the fugitive from a threat of violence or a crime against humanity. However, this had not been the situation in this case, where the applicants had escaped from a lawful detention²³.

While rendering the judgement, the court relied on the *Soering* approach²⁴. Its essence is that the authorities of the receiving state can require a surrender of a fugitive in respect of whom they wish to exercise the authority that arises from their territorial jurisdiction²⁵. Where such a request is made, giving a diplomatic asylum would constitute an abuse of the inviolability of premises and would infringe the obligations of the state under international law.

There is another view on the issue of the status of diplomatic asylum. A right to get diplomatic asylum may be granted to an individual only under certain conditions. While under customary international law any general right of a state to grant diplomatic asylum to fugitives is denied, it has long been accepted that refuge in embassies may be accorded in the face of an immediate threat to the refugee. The threat may

be of immediate death or injury at the hands of a mob or of a failure by the receiving state to provide guarantees of a fair trial²⁶.

As it was stated by the ICJ in *Asylum Case*, the diplomatic asylum may be granted under the following requirements:

Firstly, in urgent situations and for a certain period to ensure the safety of an individual.

Secondly, those individuals shall be pursued for political reasons, not for common crimes.

Thirdly, the territorial state may always request the person who was granted asylum to be removed from its premises²⁷.

The practice of providing temporary humanitarian protection within embassies in the face of violent disorder outside was also endorsed in a resolution of the Institut de Droit International in 1950²⁸. This permitted the grant of diplomatic asylum when the life, physical safety, or liberty of an individual was threatened by local authorities or when those authorities were powerless to

provide appropriate protection against violence.

Occasions where diplomatic asylum has been granted by a few embassies on humanitarian grounds include many cases. The most remarkable ones are the civil war in Chile in 1891²⁹, the uprising in Hungary in 1956³⁰, the fall of the government of President Allende in Chile in 1973 and its replacement by the regime of General Pinochet³¹. Despite the fact that generally the practice of granting diplomatic asylum is not recognized, there are still occasions when the states provide it. Even the United States which have been denied the right to grant diplomatic asylum know a number of cases of providing it on humanitarian grounds in its missions. In these

**“EXTRATERRITORIAL
ASYLUM” RELATES TO
AN ASYLUM WHICH IS
GRANTED IN LEGATIONS,
CONSULATES, WARSHIPS,
AND MERCHANT VESSELS
IN FOREIGN TERRITORY.
ACCORDINGLY, IT IS
GRANTED WITHIN THE
TERRITORY OF THE
PURSUING STATE**

²¹ E. Denza, *Op. cit.* P.1434.

²² *R. (on the application of 'B' and others) v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office* [2004] EWCA Civ 1344, [2005] QB 643 (UK); Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2007. pp. 251–252.

²³ 'B' and others, *supra*, para. 89.

²⁴ European Court of Human Rights, *Soering v. The United Kingdom*, Application No. 14038/88, 7 July 1989

²⁵ Article 55 of the 1963 Vienna Convention, *supra*

²⁶ E. Denza, *Diplomatic Asylum*, Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (2011), p. 1424-1425.

²⁷ *Asylum Case*, *supra* note 16, p. 279.

²⁸ IDI, *L'Asile en Droit International Public* // IDI Annuaire 43-II, 1995. pp. 375, 377.

²⁹ Moore, *A Digest of International Law* // vol. II, Washington, D.C., Government Printing Office, 1906. P. 791.

³⁰ Last, Alex (5 September 2012). *Fifteen years held up in an embassy* // BBC. Retrieved 09 January 2021.

³¹ *Question of Diplomatic Asylum. Report of the Secretary-General* *supra* note 8.

cases the political requirement to protect fugitives from a failure of local justice has outweighed the requirements of non-intervention in the internal affairs³².

Nevertheless, there is still a basis of further discussion, since the States granting the asylum are often reluctant to provide precise legal justification at this matter³³.

To draw the conclusion, it shall be noted that the issue of diplomatic asylum is still controversial. Despite the existence of occasions of providing it, it still is not properly regulated in international law. Some fugitives are still ending up being caught by local authorities after being in the premises or being surrendered to the territorial state. From another perspective, the situation when a shelter is provided to a person who has committed crimes is viewed as a way to avoid justice.

Therefore, it shall be considered as interference in relations between a fugitive and its state, and infringement of the sovereignty the state.

The diplomatic asylum has not yet been recognized as the part of international law.

Nevertheless, there have been cases of granting it, especially in Latin America countries, where has been developed a substantive legal framework³⁴. Accordingly, on several occasions, diplomatic asylum has been referred to as a common practice, but only by those countries.

However, from another point of view, the diplomatic asylum has been closely interrelated with international law. Moreover, it is widely accepted practice in many states to provide such type of asylum on humanitarian grounds.

Finally, it should be noted that the status of diplomatic asylum is still a matter of debate. It can be surmised that the more detailed drafting of laws and more case practice concerning diplomatic asylum may be useful in the regulation of the status of diplomatic asylum.

Therefore, there must be developed a common approach to the diplomatic asylum status. Thus, the certain conditions under which it may be provided must be established to avoid the abuse of rights and derogations of main principles and prescriptions of international law.

**THE CURRENT POSITION
IN INTERNATIONAL LAW
WAS EXPRESSED BY THE
INTERNATIONAL COURT
OF JUSTICE IN THE ASYLUM
CASE. ACCORDING TO ITS
JUDGEMENT, A DECISION
TO GRANT DIPLOMATIC
ASYLUM CONSTITUTES
A DEROGATION FROM
THE SOVEREIGNTY
OF THE STATE**



REFERENCES

1. Denza, E., *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd edition, Oxford University Press, 2008. – 560 p.
2. Raestad, A., *L'asile en droit international public (a l'exclusion de l'asile neutre)* // Bruxelles, 1939.
3. Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings* // Köln, 1962. – 492 p.
4. Walter Kälin and Jörg Künzli. *The Law of International Human Rights Protection* // Oxford: Oxford University Press 2009. – 608 p.
5. Atle Grahl-Madsen. *The Status of Refugees in International Law* // Volume II: Asylum, Entry and Sojourn. Leiden: A. W. Sijthof, 1972. – 482 p.
6. Felice Morgenstern, *The Right of Asylum* // *British Yearbook of International Law*, 1949. – 327 p.
7. George J. Andreopoulos. *Asylum* // *Encyclopædia Britannica*. April 13, 2018. // URL: <https://www.britannica.com/topic/asylum> (accessed 15.01.2021)
8. Felice Morgenstern, *Extra-Territorial Asylum* // *British Yearbook of International Law*, 1948. – p. 236-261.

³² Jennings/Watts, *Oppenheim's*, Op. cit., P. 1084 (para. 495).

³³ *Ibid.*, P. 1085.

³⁴ The Treaty on International Penal Law signed at Montevideo in 1889, The Convention on Political Asylum signed at Montevideo in 1933, Official Records (OEA/Ser.X/7), Treaty Series 34; The Bolivarian Agreement on Extradition signed at Caracas in 1911, Official

Records (OEA/SER.X.1), Treaty Series No. 34; The Convention on Asylum signed at Havana in 1928, The Convention on Diplomatic Asylum signed at Caracas in 1954, Official Records (OEA/SER.X/1), Treaty Series No. 34; *Diplomatic Correspondence of the United States: Inter-American Affairs, 1831-1860*, vol. XII, p. 470; Pradier-Fodéré. *Traité de droit international public européen et américain* (1887), vol. III, p. 316.

9. F. Morgenstern, Diplomatic Asylum // *The Law Quarterly Review*, 1951. Pp. 362-382.
 10. Yearbook of the International Law Commission // Volume II, 1958. – 144 p.
 11. Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. *Oppenheim's International Law, Vol. I, Peace* (2 vols.). 9th edition. Burnt Mill: Longman, 1992. – 2887 p.
 12. Prakash Shah. Asylum, Diplomatic // *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2006. Pp. 207-262.
 13. P. Porcino. Toward Codification of Diplomatic Asylum // *New York University Journal of International Law and Politics*, 1976. Pp. 435-456.
 14. Guy S Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2007. – 600 p.
 15. Denza, E., Diplomatic Asylum, in A. Zimmerman, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* // Oxford: Oxford University Press, 2011. – 1553 p.
 16. IDI, *L'Asile en Droit International Public* // *IDI Annuaire* 43-II, 1995. – 393 p.
 17. Moore, A *Digest of International Law* // vol. II, Washington, D.C., Government Printing Office, 1906. – 1060 p.
 18. United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, 1 United Nations, Treaty Series XVI.
 19. The Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 500, p. 95.
 20. The Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963, United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261.
 21. Convention relating to the Status of Refugees, Resolution 2198 (XXI) adopted by the United Nations General Assembly, 1951.
 22. The Universal Declaration of Human Rights, United Nations, UN General Assembly, 217 (III) A, Paris 1948.
 23. Question of Diplomatic Asylum. Report of the Secretary-General by General Assembly. Thirtieth session. 22 September 1975.
- Case law:**
24. Asylum Case, Colombia v. Peru, Judgment, I.C.J. 266 (Nov. 20), 1950.
 25. The Case of the SS Lotus (France/Turkey), Judgment, PCIJ Series A, No 10, 1927.
 26. Haya de la Torre Case, Colombia v Peru, Merits, Judgment, ICJ Rep 71, 13th June 1951.
 27. European Court of Human Rights, Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88, 7 July 1989.
 28. R (on the application of Bancoult No 3) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, UK Supreme Court, 2004.
 29. England & Wales, Court of Appeal, "B" & Others v. Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office, Judgment, 18 October 2004.
 30. Frederick Ker v. People of the State of Illinois, 119 U.S. Supreme Court, 1886.
 31. Assange v The Swedish Prosecution Authority (Rev 1) UKSC 22 (30 May 2012).

«ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ДЛЯ МЕНЯ – ЭТО СПОСОБ РАССУЖДАТЬ ОБ ЭФФЕКТИВНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЩЕСТВА, ОБ ОБЩЕСТВЕННОМ ИНТЕРЕСЕ»

Косцов Владимир Николаевич

Магистр частного права

(ИЦЧП им. С.С. Алексеева),

бакалавр права (НИУ ВШЭ)

Аспирант департамента

международного права

факультета права НИУ ВШЭ

Советник юридической фирмы

Sirota & Partners

Юриспруденция для меня – это способ рассуждать об эффективной организации общества, об общественном интересе. Юрист – не тот, кто знает законы, а тот, кто, во-первых, понимает, достижению каких общественных целей служит то или иное правило, и, во-вторых, знает, как оформить эти правила в непротиворечивую концептуальную систему, чтобы обеспечить предсказуемость их применения. Конечно, для этого требуется изучать не только и не столько законы, но также юридическую доктрину, теорию права, сравнительное правоведение. Неизбежно также, что современному юристу необходима опора и в других областях знаний, включая социологию, экономику и философию. В этой связи юриспруденция для меня – неизбежно академическая, связанная с университетом профессия.



Когда я только выбирал профессию, я слышал от окружающих несколько иной подход к праву. Наше общество, перенасыщенное идеологией в XX в., в некотором смысле проходит этап отрицания публичного интереса. Еще в юности я заметил, что, хотя люди привычно критикуют власть за то, что она, по их мнению, не всегда преследует общественный интерес, они сами считают

не вполне нормальным желание человека действовать на благо общества, видя в нем скрытую повестку или желание собственной выгоды. Поэтому и право нередко мыслится не как «искусство добра и справедливости», а как бездушный закон, который можно повернуть в нужную сторону в интересах сильного. Более того, нередко считается, что успешный юрист как раз и должен уметь обходить закон в интересах клиента.

В старшей школе я прожил год в США по программе обмена. Хотя во многом американское общество мне показалось похожим на российское, меня удивило совершенно иное отношение в США к волонтерству и служению обществу. Например, неучастие в волонтерском движении в некотором смысле в США считается зазорным: ожидается, что успешный школьник должен иметь существенное количество часов, добровольно отработанных на благо общества. Это отражается и в образе права в общественном сознании: в американском обществе в большей мере чувствуется, выражаясь в терминах Цицерона, «согласие людей в вопросах права», понимание его публичного предназначения.

Уверен, что согласие в вопросах права, без которого общество существовать не может, се-

годня зарождается и в России, и именно молодым юристам предстоит до конца сформировать его. Ключевую роль в этой связи имеет качественное юридическое образование. Мне в этом отношении повезло: в НИУ ВШЭ уже с первого курса бакалавриата я попал на проект «Основы критической теории», в рамках которого мы смолоду обсуждали такие фундаментальные теоретические вопросы, как критическая теория

государства, республиканизм, теории свободы и пр. Преподаватели старались формировать у студентов не позитивно-правовое, а подлинно юридическое мышление. Для меня это выражается, в первую очередь, в том, что нас старались приучать мыслить категориями разумности или неразумности, а не апеллировать только к «букве закона» или иным автори-

тетам. Любой закон, любое доктринальное исследование, пускай и от самого уважаемого автора, а также любой вывод суда можно и нужно критиковать в стремлении прийти к наиболее разумному решению правовой проблемы. Впоследствии такой же подход был присущ также многим курсам, которые я прослушал в магистратуре ИЦЧП им. С.С. Алексеева (Российская школа частного права), за что я очень благодарен.

**СОГЛАСИЕ В ВОПРОСАХ
ПРАВА, БЕЗ КОТОРОГО
ОБЩЕСТВО СУЩЕСТВОВАТЬ
НЕ МОЖЕТ, СЕГОДНЯ
ЗАРОЖДАЕТСЯ И В РОССИИ,
И ИМЕННО МОЛОДЫМ
ЮРИСТАМ ПРЕДСТОИТ ДО
КОНЦА СФОРМИРОВАТЬ ЕГО**





НЕСМОТЯ НА НЕКОТОРЫЕ СВОИ ДОСТОИНСТВА, РОССИЙСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ ПОКА ОСТАЕТСЯ ЧРЕЗМЕРНО НАЦИОНАЛЬНЫМ. МНОГИЕ ПРОБЛЕМЫ, КОТОРЫЕ ОБСУЖДАЮТСЯ В РОССИЙСКИХ УНИВЕРСИТЕТАХ И НАУЧНЫХ РАБОТАХ, УЖЕ ДАВНО НЕ РАССМАТРИВАЮТСЯ КАК АКТУАЛЬНЫЕ ЗА РУБЕЖОМ

Однако даже самое качественное и «сократическое» преподавание дисциплин в российском университете, на мой взгляд, не является достаточным в отсутствие международного элемента в образовании. Несмотря на некоторые свои достоинства, российское образование пока остается чрезмерно национальным. Многие проблемы, которые обсуждаются в российских университетах и научных работах, уже давно не рассматри-

ваются как актуальные за рубежом. Достаточно, например, взглянуть на перечень диссертационных работ, защищаемых сегодня в Гарвардском университете, а также на публикуемые за рубежом статьи. Показательной является дискуссия о таком классическом частно-правовом институте, как требования к качеству товара в договоре купли-продажи: хотя в России традиционно считается, что качество товара предполагает анализ

только его физических свойств, за рубежом уже никого не удивишь обсуждением того, что нормы о качестве товаров могут использоваться также для защиты такой ценности, как права человека, наделяя покупателя правом отказаться от товара, если он был произведен с «нефизическими» нарушениями (например, с использованием детского труда). Таким образом, даже цивилистические дискуссии за рубежом ведутся с известным публичным аспектом. Чем больше российские студенты будут знакомы с обсуждаемыми в мире правовыми проблемами, тем быстрее российское образование станет подлинно конкурентоспособным.

Для меня международным элементом в моем образовании стали международные конкурсы по праву (муткорты). Муткорты проходят в формате игровых судебных процессов, в которых студенты выступают в качестве представителей сторон вымышленного спора, как правило на английском языке. В целом ряде юрисдикций муткорты представляют собой традиционную часть образования и проводятся не только как масштабные студенческие соревнования, но и как обыденная форма проведения занятий по юридическим дисциплинам.

Нередко я ловлю себя на мысли, что муткорты дали мне если не больше, то как минимум столько же, сколько классическое университетское образование. За время своего обучения в бакалавриате я дважды поучаствовал в конкурсе им. Джессопа по международному публичному праву (игровой процесс в формате Международного суда ООН) и один раз – в конкурсе им. Виса по международному коммерческому арбитражу (игровой процесс в формате частно-правового спора о поставке товара перед третейским судом). Мы дважды стали чемпионами России на национальном этапе конкурса им. Джессопа, а также стали первой российской командой, выигравшей конкурс им. Виса на международном

уровне. Я никогда не забуду момент, когда мы выступали в финальном раунде на конкурсе им. Виса в Вене против Кембриджского университета перед одними из наиболее авторитетных специалистов в международном разрешении споров (Яс Банифатеми, Дж. Берманн, П. Хубер). Сама возможность обсудить с такой панелью арбитров вопросы международной купли-продажи, ответить на их вопросы, попытавшись убедить их в своей правоте, зарядила меня энергией на многие годы. С тех пор муткорты стали для меня своего рода хобби: я вхожу в состав тренеров команды НИУ ВШЭ для участия в конкурсе им. Виса уже несколько лет, а также регулярно участвую в студенческих муткортах в качестве арбитра или судьи.

На мой взгляд, муткорты являются незаменимым образовательным мероприятием как раз потому, что они позволяют студентам влиться в международную юриспруденцию, понять, какие решения правовых казусов соответствуют пониманию иностранных коллег. Например, именно муткорты позволяют выпукло ощутить, что отсылки к авторитетному источнику

**ИМЕННО МУТКОРТЫ
ПОЗВОЛЯЮТ ВЫПУКЛО
ОЩУТИТЬ, ЧТО ОТСЫЛКИ
К АВТОРИТЕТНОМУ
ИСТОЧНИКУ ИЛИ ДАЖЕ
НОРМЕ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА
РЕДКО СПОСОБНЫ КОГО-
ЛИБО УБЕДИТЬ**

или даже норме позитивного права редко способны кого-либо убедить: любой позитивный источник имеет убеждающую силу только вместе с объяснением ratio, то есть смысла и целей соответствующего регулирования. В качественном муткорт-состязании невозможно достичь успеха без умения лаконично и эффективно убеждать арбитра или судью в целесообразности и справедливости разрешения аналогичных кейсов (не конкретного дела, являющегося предметом спора, а дел с аналогичными юридически значимыми фактами) тем или иным образом. Такой стиль ведения процесса является обычным для зарубежного процесса и, по моему опыту, проявляет свою эффективность также в российских судах, позволяя юристам, прошедшим через муткорты, быть более конкурентоспособными на рынке разрешения споров.

Иногда у студентов, к сожалению, есть мысль, что российские студенты априори хуже зарубежных коллег и потому не могут заявить о себе на международном уровне. В этом смысле муткорты позволяют повысить самооценку и избавиться от подобных предрассудков. При должном упорстве (ежедневная работа над меморандумом, регулярные тренировки и обсуждения, добросовестный поиск и анализ источников) российские команды более чем способны быть конкурентноспособными в самых престижных международных конкурсах. А значит, в будущем российские юристы еще активнее заявят о себе и на полях реальной мировой юриспруденции, если будут обладать достаточной уверенностью в себе и опытом, который стоит начать черпать уже в студенчестве.

Поэтому я всегда рекомендую студентам быть причастными к муткортам с как можно более раннего курса обучения. К тому же муткорты – это не просто полезное состязание, но и, как правило, настоящее сообщество с многолетними традициями и устоями. Например, команда НИУ ВШЭ на конкурс им. Виса, которую мы сами обычно любя называем HSE Vis Moot Family, благодаря усилиям М.Л. Гальперина, Е.А. Мазетовой, Э.В. Даулетшиной и множества других ярких людей, существует уже более 11 лет. Участники команды, прошедшие через эту школу, как правило, остаются с командой в качестве тренеров и наставников, обеспечивая преемственность поколений.

Сложным вопросом, который зачастую задают себе студенты, является целесообразность совмещения работы и учебы. Нередко можно встретить совет о том, что для получения качественных знаний во время обучения лучше не работать, полностью углубившись в академическую жизнь. Думаю, что для многих студентов такой рецепт обоснован, особенно для тех, у кого интерес к праву появился недавно, а до-

ступные варианты трудоустройства недостаточно гибки, чтобы продолжать ходить на все пары в университете.

В то же время, как мне кажется, практический опыт работы, не мешающий посещению занятий, может оказаться очень полезным для студентов, которые уже имеют определенный бэкграунд в праве и готовы временно жертвовать неюридическими увлечениями. Например, я начал стажироваться в юридической фирме на 2 курсе бакалавриата (проводил анализ судебной практики, готовил некоторые базовые документы и т.п.). Это позволило мне гораздо более

осмысленно подойти к изучению такой дисциплины, как гражданское право. Приходя на лекцию или семинар, я нередко уже сталкивался с каким-либо правовым институтом, причем в неочевидной ситуации, потребовавшей консультации юридической фирмы. Поэтому я мог задавать преподавателям нюансированные вопросы, лучше понимал, зачем обсуждается тот или иной вопрос, а также более бы-

стро усваивал учебный материал.

По моему мнению, изучение права более эффективно строить на изучении конкретных практических казусов, на примере которых раскрываются абстрактные правовые принципы. Поскольку юридическое образование в России пока недостаточно активно использует метод конкретных кейсов (кейс-стади), его совмещение с работой при определенных обстоятельствах способно восполнить этот пробел. В конечном итоге это можно рассматривать даже как некоторое конкурентное преимущество российских студентов, учитывая, что зарубежные коллеги, как правило, начинают стажироваться по специальности только после окончания обучения.

При этом, несмотря на то что мой практический опыт всегда касался скорее частного права, а ака-

**ПО МОЕМУ МНЕНИЮ,
ИЗУЧЕНИЕ ПРАВА БОЛЕЕ
ЭФФЕКТИВНО СТРОИТЬ
НА ИЗУЧЕНИИ КОНКРЕТНЫХ
ПРАКТИЧЕСКИХ КАЗУСОВ,
НА ПРИМЕРЕ КОТОРЫХ
РАСКРЫВАЮТСЯ
АБСТРАКТНЫЕ ПРАВОВЫЕ
ПРИНЦИПЫ**



демической точки зрения я питаю большой интерес к международному публичному праву, разрешению международных споров. Эти отрасли знаний сегодня зачастую недооценены студентами, которые нередко стремятся изучать только вопросы, связанные с бизнесом. Однако любой талантливый юрист, как принято говорить, рано или поздно начинает интересоваться публичным правом. Более того, мне нравится думать, что конкретные отрасли права – это скорее просто эмпирический материал для более системного изучения права. Поэтому интересующийся юрист не может изучать только одну отрасль права, не пытаясь понять право как междисциплинарное, комплексное явление.

Я призываю студентов ценить время обучения в университете и максимально использовать его, заложив верный фундамент в ваше отношение к праву. При этом я желаю не замыкаться только в национальном праве, активно заниматься сравнительным правоведением, международным правом, международным арбитражем и участвовать в муткортах. Именно эти международные элементы позволят сделать нашу юриспруденцию подлинно международной и конкурентно-способной. Уверен, что при должном упорстве не за горами времена, когда российские юристы наравне, например, с английскими барристерами смогут представлять клиентов в крупнейших международных спорах.



President LawJournal

🌐 www.plawj.com

📧 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала: Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала: Киктенко К.Г.

Помощник главного редактора: Ефимова Д.В.

Заместитель главного редактора: Езюков В.К.

Редакционная коллегия: Ермошин П.Ю.,
Кирилина А.А., Пьянкова А.Ф.

Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.

Свидетельство о регистрации СМИ:

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599

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