

President Law Journal

2' 21



РАНХиГС
Институт правоведения



ИНСТИТУТ
ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ



АССОЦИАЦИЯ
ПРАВОВЕДОВ

**ВСТРЕЧНЫЕ ИСКИ
В МЕЖДУНАРОДНОМ
ИНВЕСТИЦИОННОМ
АРБИТРАЖЕ**

**ПРАВА
НА ПРОИЗВОДНЫЕ
ПРОИЗВЕДЕНИЯ
В КОНТЕКСТЕ
ФАНФИКШЕНА**

**КОНЕЧНЫЙ
БЕНЕФИЦИАР**

**ОБЩАЯСЬ ДРУГ
С ДРУГОМ И ЧИТАЯ
ДРУГ ДРУГА,
МЫ УСВАИВАЕМ
И ПЕРЕДАЕМ ЗНАНИЯ**

**БОЛЬШОЕ
ИНТЕРВЬЮ**

с Юлием
Валерьевичем
Таєм



**Иванова Татьяна
Николаевна,**
научный
руководитель
журнала



**Киктенко
Константин
Геннадьевич,**
главный редактор
журнала

Начать обращение к нашим читателям необходимо с некоторых новостей. Во-первых, мы заключили соглашение о сотрудничестве с издательским домом «Юстицинформ». Теперь наш журнал входит в издательский пакет наряду с такими индексируемыми ВАК журналами, как «Вестник арбитражной практики», «Право и экономика», «Предпринимательское и корпоративное право».

Во-вторых, в состав редакционной коллегии нашего журнала вошли: В.Н. Косцов (аспирант НИУ ВШЭ, победитель 25-го конкурса им. В. Виса), А.А. Козырин (магистр частного права РШЧП) и Л. Зальцзейлер (председатель юридической клиники для беженцев в Трире, ФРГ). Мы рады, что они стали частью нашей команды!

В-третьих, партнёром журнала стала Электронная библиотека «Наука права». Теперь все статьи наших авторов есть и на этом замечательном ресурсе, что облегчает поиск статей и доступ к ним юридическому сообществу. Знания должны быть доступны всем, ведь как говорил Б. Шоу: «Если у вас есть яблоко и у меня есть яблоко, и мы обмениваемся этими яблоками, то у вас и у меня остается по одному яблоку. А если у вас есть идея и у меня есть идея, и мы обмениваемся ими, то у каждого из нас будет по две идеи».

В этом номере журнала особо хотелось бы выделить статью А.В. Сафьянникова, посвящённую правовому статусу фанфиков, статью А.В. Коротича и А.А. Сняtkова о качественно ином взгляде на фигуру держателя доли корпорации, а также статью К.Г. Мовсесян, в которой анализируются встречные иски в международном инвестиционном арбитраже. Статьи сделаны на высоком уровне, с изучением, прежде всего, иностранной литературы и зарубежного опыта.

Героем «Большого интервью» стал Ю.В. Тай. Как готовиться к процессу, как достичь высот в ораторском искусстве, почему адвокатам лгут доверители и что не так с законопроектом о внесении изменений в ФЗ «О банкротстве» — узнаете из нашей беседы.

В рамках рубрики «Выпускник юрфака» мы пообщались с Михаилом Пестовым, магистром частного права (РШЧП), а ныне консультантом Исследовательского центра частного права. О том, каково состояние региональной науки и науки права в России, как проходит день сотрудника Исследовательского центра — читайте на страницах выпуска.

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

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Содержание понятия договора во Французском гражданском кодексе (в сравнении с Германским гражданским уложением).

Concept meaning of the contract in the French civil code (in comparison with the German civil code) .

Автор: Белоусова Марина Андреевна

- 11** Встречные иски в международном инвестиционном арбитраже.
Counterclaims in investor-state arbitration.

Автор: Мовсисян Карине Горевна

- 24** Договор счета эскроу как дополнительный механизм гарантий в сфере долевого строительства.

Escrow account agreement as an additional guarantee mechanism in the field of shared-equity construction.

Авторы: Кегадуев Мурат Заурович, Далакян Гагик Агабекович

- 34** Субсидиарная ответственность членов семьи при несостоятельности (банкротстве): к вопросу о правовой политике в сфере семейного права.
Secondary liability of family members in insolvency (bankruptcy): to the notion of legal policy in the sphere of family law.

Автор: Осокин Александр Владиславович

- 41** Неправовые ограничения в товарных знаках и коммерческих наименованиях.
Non-legal restrictions in trademarks and commercial names.

Автор: Киктенко Константин Геннадьевич

- 47** Конечный бенефициар.
Ultimate beneficiary.

Авторы: Коротич Артемий Витальевич, Снятков Антон Алексеевич

- 55** Права на производные произведения в контексте фанфикшена.
Rights to derivative works in the context of fanfiction.

Автор: Сафьянников Артём Васильевич

ИНТЕРВЬЮ

- 64** Большое интервью с Юлием Валерьевичем Таем.

Беседовал Константин Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 85** Конституционно-правовые проблемы регулирования и реализации права на доступ к предимплантационной диагностике.

Constitutional problems of regulation and implementation of the right to access to preimplantation diagnostics.

Авторы: Шевченко Ольга Сергеевна

ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 91** Михаил Пестов: Общаясь друг с другом и читая друг друга, мы усваиваем и передаем знания.

**President
LawJournal**

🌐 www.plawj.com
📌 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала:

Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала:

Киктенко К.Г.

Заместитель главного редактора:

Езюков В.К.

Редакционная коллегия:

Ермошин П.Ю., Кирилина А.А., Пьянкова А.Ф.,
Косцов В.Н., Козырин А.А., Зальцзейлер Л.

Корректор:

Гараева С.М.

Верстка:

Ху М.К.

**Свидетельство о регистрации
СМИ:**

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.
ISSN: 2687-1599



УДК 347.44



Белоусова Марина Андреевна
(marina.a.belousova@yandex.ru)

студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
Московского государственного
университета им. М.В.
Ломоносова

Belousova Marina

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

Научный руководитель:

Полянский Павел Львович

д.ю.н., профессор кафедры истории
государства и права
Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Pavel Polyansky

Doctor of Law
Professor of the Department of History of State
and Law of Law Faculty
Lomonosov Moscow State University

СОДЕРЖАНИЕ ПОНЯТИЯ ДОГОВОРА ВО ФРАНЦУЗСКОМ ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ (В СРАВНЕНИИ С ГЕРМАНСКИМ ГРАЖДАНСКИМ УЛОЖЕНИЕМ)

CONCEPT MEANING OF THE CONTRACT IN THE FRENCH CIVIL CODE (IN COMPARISON WITH THE GERMAN CIVIL CODE)

АННОТАЦИЯ: В статье рассматривается важный в рамках текущих реформ обязательственного права аспект содержания понятий договора во французском и немецком гражданских кодексах. Проанализирована эволюция основных положений, касающихся понимания договора, обязательства и соглашения, предпосылки внесения изменений в законодательные формулировки. Выработана структура понятия договора и круг его элементов для обоих правовых порядков, объясняются проблемы перевода некоторых терминов на русский язык. Делается вывод о коренном различии в подходе к понятиям договора и обязательства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: договор, обязательство, соглашение, недействительность, незаключённость.

ANNOTATION: This article deals with an important aspect of the content of the contract in the French and German Civil Codes in the framework of the ongoing reforms of the law of obligations. There is an analysis of the evolution of the basic provisions concerning the understanding of the contract, the obligation and the agreement, and the prerequisites for legislative changes. The structure of the concept of the contract and the range of its elements for both legal systems have been worked out, and problems of translation of some terms into Russian are explained. It concludes that there is a fundamental difference in the treatment of the concepts of contract and obligation.

KEYWORDS: contract, obligation, agreement, invalidity, void contract.

В части, посвящённой обязательственному праву, Французский гражданский кодекс (далее – ФГК), как известно, делает акцент на обязательствах из договора. Не имея общей части обязательственного права, закон сразу переходит к регулированию обязательств из договоров; в кодексе нет даже определения понятия «обязательство», зато наличествует определение договора (ст.1101). За это ФГК был подвергнут суровой критике современников¹, но это не означает, что его авторы не делали различия между обязательствами в целом и обязательствами из договора как их разновидностью. Такое регулирование создавало определённую путаницу в понятиях, зато подчёркивало значимость договора как источника возникновения обязательства в глазах законодателя.

Ст. 1101 ФГК в редакции 1804 года определяла договор как соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать что-либо².

Для удобства анализа необходимо разделить это понятие на две части. Первая и самая очевидная: до-

¹ Laurent F. Principes de droit civil français. T.15. Bruxelles; Paris. 1893. P. 476.

² Французский гражданский кодекс 1804 года: с позднейшими изменениями до 1939 г. Пер. И.С. Перетерского. – М., 1941. С. 254.

говор есть соглашение (une convention). Из этого несложно сделать вывод, что договор является видовым понятием по отношению к родовому la convention, однако разногласий в доктрине по вопросам соотношения именно этих понятий возникло значительно больше, чем, например, при разграничении обязательства и договора.

Известный цивилист Р.-Ж. Потье понимал под соглашением (la convention) согласие (le consentement) двух или более лиц, направленное на формирование, прекращение или изменение какого-либо обязательства между ними³. Договором он именовал соглашение (la convention), направленное на создание обязательства. В обоих определениях учёный пользовался наработками римских юристов. Считается, что именно понимание Потье было заимствовано авторами ФГК⁴. Но сам кодекс никоим образом понятие la convention не раскрывает. Отсюда неустойчивость понимания соглашения в последовавшей доктрине.

Aubry и Rau, приверженцы классической доктрины, в отличие от Потье, называют соглашением согласие лиц «относительно предмета, имеющего юридический интерес»⁵. В таком определении соглашение не ограничивается установлением, изменением или прекращением обязательств, оно направлено на любые правовые последствия. Ж. Морандьер определяет соглашение как юридический акт, созданный путём согласования двух или более индивидуальных волей. Е. Годэмэ, не подвергая критике определение Потье, также говорит о соглашении как о согласии двух или нескольких лиц, направленном на юридическую цель⁶, не ограничивая эту самую цель обязательством.

Ф. Лоран, наоборот, дипломатично соглашается с Потье, ограничиваясь разбором соглашений как источников возникновения, изменения и прекращения обязательств⁷.

Причина колебаний научного сообщества как раз в том, что во французском праве произошло соединение изначально разграниченных понятий: договора, направленного на создание обязатель-

**СТ. 1101 ФГК В РЕДАКЦИИ 1804 ГОДА
ОПРЕДЕЛЯЛА ДОГОВОР
КАК СОГЛАШЕНИЕ, ПОСРЕДСТВОМ
КОТОРОГО ОДНО ИЛИ НЕСКОЛЬКО
ЛИЦ ОБЯЗЫВАЮТСЯ ПЕРЕД ДРУГИМ
ЛИЦОМ ИЛИ ПЕРЕД НЕСКОЛЬКИМИ
ДРУГИМИ ЛИЦАМИ ДАТЬ
ЧТО-ЛИБО, СДЕЛАТЬ ЧТО-ЛИБО
ИЛИ НЕ ДЕЛАТЬ ЧТО-ЛИБО**

ства, и акта, устанавливающего или передающего вещные права⁸. ФГК, помещая договор в раздел об обязательствах, автоматически перефокусировал в глазах исследователей определение на договор как способ установления обязательства. Однако сам кодекс содержит статьи, в соответствии с которыми договор влияет не только на обязанности, но и на вещные права⁹ (например, ст. 1138).

Со временем в науке закрепилось понимание соглашения не только как согласования воли, направленного на создание или редактирование обязательств, но и как способа согласованного установления любых правовых последствий. Примером этой трансформации является пояснительная записка к Ордонансу 2016 года: авторы отмечают, что соглашение включает в себя любое согласование воли, направленное на установление юридических последствий¹⁰.

Неудивительно, что к XXI столетию юридическое сообщество пришло к желанию избавиться от неудобного термина convention в легальном определении договора. В пояснительной записке к Ордонансу 2016 года сообщается, что в ст. 1101 понятие договора перефокусируется с договора как вида соглашения на договор как согласование воли (l'accord de volontés), потому что соглашение является более широким понятием, включая любое согласование воли, направленное на юридические последствия, тогда как договор «работает» только с обязательствами. Представляется,

³ Pothier R.-J. Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur. T. I. Paris; Orleans, 1768. P. 7.

⁴ Пляниль М. Курс французского гражданского права. Часть первая. Теория об обязательствах. Пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Петровск. 1911. С. 46; Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Пер. с фр. И.Б. Новицкого. М., 1948. С. 30.

⁵ Цит. по Пляниль М. Указ. соч. С. 46.

⁶ Годэмэ Е. Указ. соч. С. 30.

⁷ Laurent. Op. cit. P. 479

⁸ Ibid.

⁹ Томсинов В.А. Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2018. – № 5. С. 17.

¹⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539?r=LnOhyhN6kV>

что разработчики реформы несколько сдукали с причиной такого изменения. На самом деле ещё в XX веке этот аргумент был признан несостоятельным, так как определение видового понятия через родовое с последующим уточнением не нарушает каноны логики.

Интересно проследить, откуда берётся термин *l'accord de volontés*.

Как уже указывалось, Потье, мнение которого сильно повлияло на составителей ФГК, в понятии соглашения использовал термин *le consentement de deux ou de plusieurs personnes* («согласие двух или более лиц»).

Когда в законе появилось понятие *le consentement* («согласие») в качестве одного из условий действительности договора (по терминологии кодекса; на самом деле это элементы договора, без которых он просто не заключён, а не недействителен¹¹), неизбежным было возникновение новых сомнений: есть ли различия между согласием-основой понятия соглашения (а значит, и договора) и согласием как условием действительности договора?

В тексте ст.1108 ФГК (редакции 1804 года) первое условие действительности соглашения сформулировано как «согласие стороны, которая обязывается»¹² (*le consentement de la partie qui s'oblige*). Очевидно, что буквальное толкование этой нормы не позволяет говорить о знаке равенства между согласием в смысле прихода воли к общему знаменателю и согласием в смысле готовности одной стороны взять на себя обязанность. Учёным оставалось сделать выбор, что именно они понимают под этим термином: то, что указывает закон, или то, что сформулировано Потье. Лоран, например, утверждая, что «*les conventions se forment par concours de consentement*», показал, что под словом *consentement* он понимает именно готовность одной стороны на принятие обязанностей.

Однако позднее цивилисты пришли к выводу, что первое условие 1108 статьи нельзя воспринимать буквально, потому что договор не может

быть односторонней сделкой, не может быть основан на волеизъявлении исключительно одной стороны. В их понимании *le consentement* есть синоним слова *la convention* в широком смысле согласования воли¹³. Это стало причиной отказа, например, Планиоля принимать ст.1108 вовсе, так как *le consentement* в его понимании есть сущность договора, а никак не условие его действительности¹⁴.

Также данное приравнивание вносит путаницу в русскоязычные переводы. Термин *le consentement* иногда переводят как соглашение, хотя сами авторы упоминают его в значении условия действительности договора¹⁵. Было бы правильнее, на мой взгляд, переводить *le consentement* во всех случаях как «согласие» (независимо от того, индивидуальное или взаимное), а *la convention* как «соглашение», чтобы точно передавать отношение самого автора к терминам.

Терминологическая проблема после принятия ФГК скоро стала заметна учёным, и уже Лоран, сохраняя термин *le consentement*, использует по отношению к сути соглашения также новое *concours de volontés*¹⁶. В работах цивилистов XX века двусмысленное *concours* трансформируется в *l'accord de volontés* («согласование воли») как наиболее близко отражающее существо соглашения (*la convention*). К тому же в трансформации понятия «соглашение», относительно сформулированного Потье, видится торжество французского взгляда на договор, по которому психологическая воля контрагента является превалирующей над волеизъявлением.

Таким образом, новая редакция статьи 1101 ФГК, заменившая термин *la convention* на *l'accord de volontés* в определении договора, представляется более удачной. Она позволяет избежать путаницы с существенными элементами договора (бывшая статья 1108, нынешняя 1128), а также выражает перефокусировку легального понятия договора с юридического соглашения на согласование воли и подчёркивает отношение к воле как к наиболее существенному элементу договора.

¹¹ См. Томсинов В.А. Условия действительности договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX в. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2019. – № 1. С.10-11.

¹² Французский гражданский кодекс 1804 года. С. 255-256.

¹³ В узком смысле *la convention* представляет собой юридический акт, через соглашение воли созданный.

¹⁴ Пляниоль М. Указ. соч. С.370.

¹⁵ Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Том 2. Пер. с фр. Е.А. Флейшиц, М., 1960. С. 215; Годэма Э. Указ. соч. С.42.

¹⁶ Laurent. Op. cit. P. 479.

¹⁷ De la Morandière J. Précis de droit civil : publié d'après le Cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant. Tome 2. Paris, 1943. P.12; Годэма Э. Указ. соч. С.42.



Вторая часть определения понятия «договор» в первой редакции ст.1101 выражала приверженность авторов классическим позициям в понимании предмета договора: договор есть соглашение об обязательстве «дать что-либо, сделать что-либо или не делать что-либо»¹⁸. Как уже говорилось, именно такой предмет показывает, что определение договора дано односторонне: только с позиции возникновения обязательства и без учёта возможности установления и переноса вещных прав.

С реформой 2016 года вторая часть определения договора подчёркивает его направленность на «создание, изменение, перенос или прекращение обязательств».

Также Ордонанс 2016 года наглядно демонстрирует значительное по сравнению с классическим изменение в подходе к объёму понятия «договор». Цивилисты-классики в один голос говорят о договоре как о соглашении, устанавливающем обязательство, относя к другим видам со-

ЦИВИЛИСТЫ-КЛАССИКИ В ОДИН ГОЛОС ГОВОРЯТ О ДОГОВОРЕ КАК О СОГЛАШЕНИИ, УСТАНОВЛИВАЮЩЕМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО, ОТНОСЯ К ДРУГИМ ВИДАМ СОГЛАШЕНИЯ ОБ ИЗМЕНЕНИИ ИЛИ ПРЕКРАЩЕНИИ ЭТОГО ПОСЛЕДНЕГО, ТОГДА КАК НОВАЯ РЕДАКЦИЯ СТ.1101 НАЗЫВАЕТ ДОГОВОРОМ СОГЛАСОВАНИЕ ВОЛЬ, ПРЕДНАЗНАЧЕННОЕ НЕ ТОЛЬКО ДЛЯ СОЗДАНИЯ, НО И ИЗМЕНЕНИЯ, ПЕРЕНОСА ИЛИ ПРЕКРАЩЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

глашения об изменении или прекращении этого последнего¹⁹, тогда как новая редакция ст.1101 называет договором согласование воли, предназначенное не только для создания, но и изменения,

¹⁸ Французский гражданский кодекс 1804 года. С.254. De la Morandière J. Op. cit. P.12.

¹⁹ Code civil de France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIAR_T1000032040787/2016-10-01/

переноса или прекращения обязательств²⁰. Если вспомнить определения Потье, то новое понятие договора близко к его пониманию соглашения.

В Германском гражданском уложении (далее – ГГУ) определение договора, как, впрочем, и обязательства, не дано. Иногда как некий суррогат определения рассматривался §305 первоначальной редакции (на данный момент устаревшей), однако очевидно, что этот параграф лишь указывает на то, что договор является основным способом установления обязательства посредством сделки, а также изменения его (обязательства) содержания²¹.

Известно, что составители последнего проекта ГГУ сознательно отказывались от определений, стремясь сделать кодекс настольной книгой для судей, а не учебником гражданского права. Тем любопытнее сравнить германское понимание договора с четко выраженным французским.

Для этого необходимо обратиться к ст. 1108 первоначальной редакции ФГК, перечислившей так называемые условия действительности соглашения. На самом деле как минимум три из четырех²² (или даже все четыре²³) среди них являются не условиями действительности, а элементами договора.

Первым в списке редакции 1804 года значился, как указано выше, элемент согласия обязываемой стороны, позднее интерпретированный французскими цивилистами как согласие всех сторон. В таком виде (*le consentement des parties*) этот элемент вошёл в редакцию ФГК 2016 года (в статью уже под номером 1128). Это «согласие» подразумевает именно наличие психологической воли сторон взять на себя обязательства по договору. В германском договорном праве основное значение имеет не сама по себе воля, а именно волеизъявление (*Willenserklärung*). Это понятие воспринималось так широко, что долгое время немецкая доктрина не могла сформулировать существенную разницу между волеизъявлением и сделкой вообще²⁴.

Отличие от французского, немецкое право всегда подчёркивало взаимность согласия: Ф.К. фон

Савиньи говорит о необходимости для договора «взаимного изъявления воли»²⁵. При этом само согласие внутренних волей не считается для немецкого договора существенным: даже если внутреннего согласия нет, но надлежащее волеизъявление имеется, договор может быть действительным. Это видно, например, из §116 ГГУ: если выраженная воля лица отличается от его действительной воли, но само лицо об этом умалчивает, волеизъявление не признаётся ничтожным²⁶.

Б. Виндшейд (сильно повлиявший на первый проект ГГУ) строил само определение договора (*Vertrag*) на взаимных волеизъявлениях: он понимал договор как двусторонний юридический акт, то есть возникший путём понимания и подтверждения изъявленной воли одного лица другим лицом через изъявление его (другого лица) воли²⁷.

Второе условие (Пляниоль называет его условием действительности, а не элементом договора) по ФГК – способность сторон к заключению договора (*la capacité de contracter*; до 2016 года – способность обязываемой стороны). Не совсем точно отождествлять это условие с дееспособностью, в основном потому, что французское право считает, что физические лица могут быть наделены дееспособностью как общей, так и специальной. Соответственно, формулировка ФГК подразумевает не только наличие общей дееспособности

**ФОРМУЛИРОВКА ФГК
ПОДРАЗУМЕВАЕТ НЕ ТОЛЬКО
НАЛИЧИЕ ОБЩЕЙ ДЕЕСПОСОБНОСТИ
(ВОЗРАСТ, ОТСУТСТВИЕ «ЗАКОННОГО
ПРЕЩЕНИЯ»), НО И ОТСУТСТВИЕ
СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗАПРЕТОВ,
УСТАНОВЛЕННЫХ ЗАКОНОМ
НА ЗАКЛЮЧЕНИЕ КОНКРЕТНЫХ
ВИДОВ ДОГОВОРОВ, А ТАКЖЕ
ДО 1938 ГОДА ДЛЯ ЗАМУЖНИХ
ЖЕНЩИН (СТ.1124)**

²⁰ Code civil de France. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIAR_T1000032040787/2016-10-01/

²¹ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetzen vom 18. August 1896. Textausgabe mit alphabetischem Sachregister. München, 1904. P. 71.

²² Пляниоль М. Указ. соч. С. 370–371.

²³ Томсинов В.А. Условия действительности... С. 11.

²⁴ Томсинова А.В. Понятие “Willenserklärung” (волеизъявление) в Германском Гражданском уложении 1900 г. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2019. – № 1. С. 52.

²⁵ Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. 2. Москва; Одесса, 2012. С. 383.

²⁶ Bürgerliches Gesetzbuch. P. 26–27.

²⁷ Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Том 1. Общая часть. Пер. с нем. С.В. Пахмана. СПб., 1874. С.152.

**ЕСЛИ ПО ПЕРВОЙ РЕДАКЦИИ
ФГК ДОЗВОЛЕННОЙ (ТО ЕСТЬ
НЕ ЗАПРЕЩЁННОЙ ЗАКОНОМ И
НЕ ПРОТИВНОЙ ДОБРЫМ ПРАВАМ
ЛИБО ОБЩЕСТВЕННОМУ ПОРЯДКУ
[СТ.1133]) В ДОГОВОРЕ ДОЛЖНА БЫЛА
БЫТЬ ТОЛЬКО КАУЗА, ТО ГГУ ГОВОРИТ
О НИЧТОЖНОСТИ НАРУШАЮЩЕЙ
ПРАВИЛА ОБЩЕСТВЕННОЙ
ПРАВСТВЕННОСТИ СДЕЛКИ
НЕЗАВИСИМО ОТ ТОГО, КАКОЙ
ЭЛЕМЕНТ ЭТИ ПРАВИЛА НАРУШАЕТ
(ЗНАМЕНИТЫЙ §138)**

способности (возраст, отсутствие «законного прещеня»), но и отсутствие специальных запретов, установленных законом на заключение конкретных видов договоров, а также до 1938 года для замужних женщин (ст.1124)²⁸.

Регулирование ГГУ вопросов дееспособности заслуживает особого внимания. Для заключения договора имеет значение общая дееспособность; §104 очерчивает круг лишённых дееспособности лиц. Однако на действительность сделки (и, разумеется, договора) недееспособность влияет не сама по себе, а через волеизъявление. В §105 установлено, что волеизъявление недееспособного лица ничтожно. В случае ничтожности волеизъявления, естественно, ничтожен и сам договор. Таким образом, через институт недееспособности видно дополнительное подчёркивание значения волеизъявления в немецком договорном праве.

Третьим условием, согласно ст.1108 ФГК редакции 1804 года, являлся определённый предмет, формирующий существо обязательства. В изначальном понятии договора по ФГК предмет обозначался: обязанность дать что-то, сделать что-то или чего-то не делать. Условием действительности договора является такое свойство обозначенного предмета, которое делает обязательство по

договору возможным к исполнению: его определённости. Корреспондирующий параграф ГГУ (§306) вплоть до реформы 2002 года устанавливал, что договор, по которому невозможно учинить удовлетворения, ничтожен²⁹. По моему мнению, отсутствие определённого предмета как раз являлось одной из причин такой невозможности, хоть, конечно, и не единственной.

Существовавшее до 2016 года в ФГК условие дозволенной каузы соглашения требует отдельного исследования. Стоит лишь отметить, что если по первой редакции ФГК дозволенной (то есть не запрещённой законом и не противной добрым нравам либо общественному порядку [ст.1133]) в договоре должна была быть только кауза, то ГГУ говорит о ничтожности нарушающей правила общественной нравственности сделки независимо от того, какой элемент эти правила нарушает (знаменитый §138)³⁰. Впрочем, представляется, что на практике реального значения такое различие не имело, ведь при недозволенном предмете обязательства, вероятно, кауза соглашения тоже будет противна указанным правилам. К тому же обязательственная реформа во Франции заменила два условия действительности договора (определённый предмет и дозволенную каузу) на одно – определённое и дозволенное содержание договора. Такая формулировка сближает понимание обоих кодексов.

Именно ФГК породил дискуссию о правовых последствиях ничтожности и незаключённости (в силу отсутствия хотя бы одного существенного элемента договора). ГГУ такой спор вдохновить не мог потому, что элементов, без которых договор по немецкому праву не мог бы считаться договором, в законе не дано. Таким образом, отношение к понятию договора в двух исследуемых кодексах разнится. ФГК даёт точное (не совершенное, но совершенствующееся) понятие договора и условий его действительности. ГГУ отказывается от чётких определений, предоставляя судьям возможность и правовой инструментарий для самостоятельного решения конкретных спорных ситуаций.

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. Ворожечин, 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/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).



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. Французский гражданский кодекс 1804 года: С позднейшими изменениями до 1939 г. / Всесоюзный институт юридических наук НКЮ СССР; Перевод И.С. Перетерского. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1941. – 472 с.
2. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetz; Ebert, von Schneider, Fischer u.a.; München, 1904. – 1428 p.
3. Code civil de France. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032040787/2016-10-01/> (Дата обращения 10.04.2020)
4. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539?r=LnOhyhN6kV> (Дата обращения 10.04.2020)

Научная литература:

5. Виндшейд Б. Учебник пандектного права. т. 1. Общая часть; пер. с нем. под ред. и с предисл. С. В. Пахмана орд. проф. С.-Петербургского ун-та. – Санкт-Петербург: Гиероглифов и Никифоров, 1874. – 358 с.
6. 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.
7. Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции 9. [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.

8. 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.
9. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.
10. Томсинов В.А. Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2018. № 5. С.3-25.
11. Томсинов В.А. Условия действительности договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX в. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2019. № 1. С.10-41.
12. Томсинова А.В. Понятие “Willenserklärung” (волеизъявление) в Германском Гражданском уложении 1900 г. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 5. С. 69-83.
13. Томсинова А.В. Понятие сделки в Германском гражданском уложении 1900 г. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2015. №2. С. 106-117.
14. De la Morandière J. Précis de droit civil : publié d'après le Cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant. Tome 2. Paris, 1943. – 729 p.
15. Laurent F. Principes de droit civil français. Volume 15. Bruxelles; Paris. 1893. – 675 p.
16. Pothier R.-J. Traite des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur. T. I. Paris; Orleans, 1768. – 696 p.



УДК 341.6



Мовсесян Карине Горевна
(karimovses@yandex.ru)

студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
Московского государственного
университета
им. М. В. Ломоносова

Karine Movsesian

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

ВСТРЕЧНЫЕ ИСКИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ

COUNTERCLAIMS IN INVESTOR-STATE ARBITRATION

АННОТАЦИЯ: Статья посвящена институту встречного иска в системе международного инвестиционного арбитража. Актуальность исследования заключается в том, что современная система разрешения споров между принимающим государством и инвестором переживает кризис легитимности, связанный с асимметричностью предоставляемой сторонам спора процессуальной защиты. В связи с этим встречный иск является действенным механизмом преодоления радикальной практики государств, денонсирующих международные инвестиционные соглашения. Приводится анализ условий, оцениваемых трибуналами в процессе принятия встречных исков государств.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *встречный иск, международный инвестиционный арбитраж, принимающее государство, иностранный инвестор, арбитражная оговорка, критерий юрисдикции, критерий тесной связи.*

ANNOTATION: The article is dedicated to the counterclaim in the system of investor-state arbitration. The importance of the study is that the modern system of dispute resolution between the host state and the investor is experiencing a crisis of legitimacy associated with the asymmetry of the procedural protection granted to the parties to the dispute. In this regard, a counterclaim is an effective mechanism for overcoming the radical practice of States that denounce international investment agreements. An analysis of the conditions assessed by the tribunals in the process of accepting counterclaims of states is given.

KEYWORDS: *counterclaim, investor-state arbitration, host state, foreign investor, arbitration clause, criterion of jurisdiction, criterion of close connection.*

Современная система разрешения международных инвестиционных споров часто рассматривается как «улица с односторонним движением» (англ. one-way street), позволяющая иностранным инвесторам подавать иски против принимающих инвестиции государств, в то время как последние в большинстве случаев не обладают аналогичным по объему набором процессуальных прав, что позволяет говорить об асимметричности международного инвестиционного арбитража, выражающейся, в частности, в затруднительности подачи государствами встречных исков к иностранным инвесторам. Такое положение дел приводит к кризису легитимности системы инвестиционного арбитража¹, подвергающегося основанной критике со стороны государств, выражающих недоверие к такой системе разрешения споров, которая предоставляет лишь односторонние привилегии и защиту интересов иностранных инвесторов, отвергая встречные требования принимающих государств, вынуждая их прибегать к радикальным мерам, а именно – к денонсации международных инвестиционных соглашений (далее – МИС). Глубокое вторжение международных инвестиционных соглашений в государственную сферу регулирования и судопроизводства привело к негативной реакции и народному недовольству, являющемуся ответом на переломный

¹ Kesley J. The crisis of legitimacy in international investment agreements and investor-state dispute settlement // Judicial Power Project, 2018, URL: <https://isds.bilaterals.org/?the-crisis-of-legitimacy-in&lang=en> (accessed 22 April 2021).

кризис финансового капитализма и «дефицит демократии», ярко проявляющийся в ситуации, когда принимаемые международными трибуналами решения налагают существенные финансовые и экономические санкции (штрафы) на суверенные государства, что не может не отражаться на населении таких государств. Так, именно право выдвижения встречного иска в международном инвестиционном арбитраже стало одним из ответов на асимметричность данной системы разрешения споров между принимающим государством и иностранным инвестором, растущий кризис легитимности, многогранный характер международных инвестиционных споров, а также необходимость их всеобъемлющего и эффективного рассмотрения. В связи с этим встречные иски государств к иностранным инвесторам могли бы стать тем спасительным механизмом, который бы повысил степень государственного и народного доверия к системе международного инвестиционного арбитража и предотвратил радикальную тактику государств по денонсации МИС. Признание за встречным иском действенного механизма повышения легитимности системы разрешения споров между государством и иностранным инвестором требует выявления критериев, которым должен соответствовать встречный иск государств для рассмотрения его по существу инвестиционным трибуналом. Среди таких условий фундаментальное значение приобретает наличие юрисдикции инвестиционного трибунала на рассмотрение встречного иска и тесной связи встречного иска государства с первоначальным иском иностранного инвестора. Кроме этого, ключевое значение в механизме принятия инвестиционным трибуналом встречного иска к рассмотрению является выявление того правового основания, которое

порождает обязательства инвестора по отношению к принимающему государству.

Итак, перейдем к рассмотрению каждого из элементов, способствующих принятию к рассмотрению трибуналом встречного иска государства, в отдельности.

1. Юрисдикция на рассмотрение встречного иска государства в международном инвестиционном арбитраже

Согласие сторон на рассмотрение встречного иска в международном инвестиционном арбитраже является краеугольным камнем, определяющим юрисдикцию конкретного трибунала по рассмотрению встречных требований государства. Однако достижение согласия между принимающим государством и иностранным инвестором в международном инвестиционном арбитраже характеризуется рядом особенностей, проистекающих из двухуровневого механизма, включающего в себя не только предоставление государством оферты на рассмотрение инвестиционного спора в арбитражном трибунале, но и акцепт иностранным инвестором, выражающийся в инициировании разбирательства².

Так, согласие государства на рассмотрение инвестиционного спора в арбитражном трибунале находит отражение в арбитражной оговорке, содержащейся в двустороннем инвестиционном договоре (далее – ДИД) или в МИС, в то время как согласие иностранного инвестора выражается в исковом заявлении (англ. Request for Arbitration), именно поэтому основная задача трибунала на стадии юрисдикции (англ. jurisdiction) состоит в определении пределов согласия сторон на рассмотрение спора в трибунале и в ответе на вопрос, подразумевает ли такое согласие сторон возможность подачи встречного иска к иностранному инвестору.

ДОСТИЖЕНИЕ СОГЛАСИЯ МЕЖДУ ПРИНИМАЮЩИМ ГОСУДАРСТВОМ И ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТОРОМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ ХАРАКТЕРИЗУЕТСЯ РЯДОМ ОСОБЕННОСТЕЙ, ПРОИСТЕКАЮЩИХ ИЗ ДВУХУРОВНЕВОГО МЕХАНИЗМА, ВКЛЮЧАЮЩЕГО В СЕБЯ НЕ ТОЛЬКО ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВОМ ОФЕРТЫ НА РАССМОТРЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННОГО СПОРА В АРБИТРАЖНОМ ТРИБУНАЛЕ, НО И АКЦЕПТ ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТОРОМ, ВЫРАЖАЮЩИЙСЯ В ИНИЦИИРОВАНИИ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

² Douglas Z. The international Law of Investment Claims // Cambridge University Press, 2012 – p. 6.

Так, арбитражный трибунал для определения своей юрисдикции *ratione materiae* в отношении встречного иска государства обращается к арбитражной оговорке, которая может быть заключена в МИС и иметь следующий вид: «подлежат рассмотрению в арбитраже споры, вытекающие из обязательств, содержащихся в МИС». Такая арбитражная оговорка в значительной степени лишает государства возможности предъявлять встречные требования иностранным инвесторам, поскольку соответствующая формулировка ограничивает юрисдикцию трибунала по рассмотрению только тех требований, которые заявляет иностранный инвестор, но никак не принимающее государство³, так как в подавляющем большинстве случаев МИС не содержат никаких обязательств инвестора по отношению к государству, в отличие от обязанностей принимающего государства, поскольку сам иностранный инвестор выступает в качестве третьего лица относительно МИС и не является непосредственной стороной такого межгосударственного соглашения, которое тем не менее наделяет его рядом прав и преимуществ⁴. Мнение о том, что узкая формулировка арбитражной оговорки является препятствием для признания юрисдикции трибунала в отношении встречного иска государства, нашло отражение, в частности, в деле *Roussalis v. Romania* (2011)⁵, в котором арбитраж постановил, что допустимыми являются только такие встречные исковые требования, которые вытекают из обязательств по применимому международному договору⁶, что означает лишение государства-ответчика права подавать встречные иски против иностранного инвестора.

Следующая разновидность арбитражной оговорки, содержащейся в МИС, может иметь следующий вид: «подлежат рассмотрению в арбитраже все споры, связанные с инвестициями». Так, арбитражный трибунал по делу *Saluka v. Czech Republic* (2006) пришел к выводу, что предложение об арбитраже в ДИД Чехия-Нидерланды является достаточно широким, чтобы включать в том числе и споры, порожденные встречными

исками государства, поскольку арбитражная оговорка в ДИД предусматривает право инвестора акцептовать оферту принимающего государства и инициировать арбитражное разбирательство для разрешения всех споров, возникающих относительно инвестиций⁷.

Кроме этого, арбитражная оговорка может иметь и такой вид: «подлежат рассмотрению в арбитраже споры, связанные с обязанностями принимающих государств, а также с обязанностями, которые вытекают из программы инвестиций или инвестиционного соглашения». Представляется, что в таких случаях не будет существовать никаких препятствий для подачи государствами встречных исков, поскольку юрисдикция арбитражного трибунала не ограничивается только теми обязательствами, которые закреплены в МИС, но включает в себя и государственные программы инвестиций, и инвестиционные соглашения, которые, в отличие от МИС, содержат обязанности иностранного инвестора.

Таким образом, в тех случаях, когда арбитражная оговорка сформулирована достаточно широко и закрепляет возможность рассмотрения арбитражем любых споров, связанных с инвестициями и обязанностями как принимающего государства, так и иностранного инвестора, у трибунала не должно существовать сомнений в наличии юрисдикции на рассмотрение встречного иска, так как широкое определение материального объема спора в значительной степени облегчает предъявление встречных требований.

Однако, кроме очерчивания материальной сферы согласия сторон на арбитраж, следует оценить вопрос о *locus standi*, то есть определить, влияет ли на возможность подачи государствами встречных исков против иностранных инвесторов ограничение круга лиц, имеющих право инициировать и возбуждать арбитражное разбирательство. Несмотря на тот факт, что встречные иски рассматриваются в качестве первичных и самостоятельных требований к иностранному инвестору, хотя и находятся в зависимости от первоначально заяв-

³ Atanasova D., Benoit C., Ostránský J. Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreements (IIAs), Graduate Institute Centre For Trade and Economic Integration, 2012 (hereinafter - Atanasova, Counterclaims in ISDS) – p.14.

⁴ Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law // Oxford University Press, 2d edition, 2012 – p. 233.

⁵ Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, URL: <https://www.italaw.com/cases/927> (accessed 22 April 2021).

⁶ Рачков И.В. Дело «Русоро» против Венесуэлы // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2017. № 3. С. 3 - 15.

⁷ Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, URL: <https://www.italaw.com/cases/961> (accessed 22 April 2021).

ленного требования, ограниченная правоспособность государств возбуждать разбирательство не может являться препятствием для подачи встречного иска против инвестора⁸. Так, существует ряд МИС, например, Договор к Энергетической Хартии 1994 года, который идентифицирует в качестве потенциального истца только иностранного инвестора, не упоминая при этом принимающее государство: «Инвестор, являющийся стороной спора, может принять решение о передаче спора в арбитраж»⁹. Однако при толковании соответствующее положение МИС может рассматриваться в качестве твердого намерения и согласия принимающего государства на проведение арбитража, но никак не однозначный отказ государства от встречных требований к инвестору. Вместе с тем такая формулировка напрямую связана со спецификой получения согласия инвестора в международном инвестиционном арбитраже, протекающего в два этапа: государственная оферта на рассмотрение спора в арбитраже и ее акцепт иностранным инвестором посредством возбуждения арбитражного разбирательства, поэтому неверно было бы считать, что ограничительная формулировка положения МИС, предоставляющая право возбудить разбирательство только инвестору, создает непреодолимое препятствие для предъявления встречных требований против инвестора принимающим государством.

При этом возможна вторая разновидность МИС, которые напрямую закрепляют, что «любая сторона спора может инициировать арбитраж», и предоставляют, таким образом, обеим сторонам спора с *locus standi* право инициировать арбитражное разбирательство, предполагая и мысля

как инвестора, так и государство в качестве потенциальных истцов, что нередко критикуется, поскольку все же международный инвестиционный арбитраж предполагает наличие права первоначального инициирования разбирательства именно на стороне инвестора¹⁰.

Нейтрально сформулированные МИС, которые содержат формулировку: «все споры ... могут быть переданы в арбитраж», могут быть включены в категорию МИС, которые не создают особых проблем в трактовке права предъявления государствами встречных исков против инвесторов. Так, в деле *Saluka v. Czech Republic* (2006) трибунал подчеркнул, что соответствующая нейтральная формулировка МИС, которая напрямую не выделяет одну из сторон спора как обладающую правом инициировать арбитражное разбирательство, не подразумевает, что предложение об арбитраже применяется только к спорам, в которых именно инвестор выступает первоначальным истцом¹¹, учитывая и тот факт, что равенство сторон в инвестиционном арбитраже является одним из руководящих принципов функционирования системы разрешения споров, в связи с чем

нельзя просто предполагать, что сторона не имеет права на предъявление требований, даже если и не названа в качестве субъекта, имеющего право возбуждать разбирательство, поэтому акцент на праве инвестора инициировать арбитражное разбирательство должно, скорее, рассматриваться как готовность принимающего государства к арбитражу, но не более. Вместе с тем нужно признать, что прямое закрепление права государства инициировать арбитражное разбирательство в значительной степени облегчает предъявление

**НЕСМОТЯ НА ТОТ ФАКТ,
ЧТО ВСТРЕЧНЫЕ ИСК
РАССМАТРИВАЮТСЯ
В КАЧЕСТВЕ ПЕРВИЧНЫХ
И САМОСТОЯТЕЛЬНЫХ
ТРЕБОВАНИЙ
К ИНОСТРАННОМУ
ИНВЕТОРУ, ХОТЯ И
НАХОДЯТСЯ В ЗАВИСИМОСТИ
ОТ ПЕРВОНАЧАЛЬНО
ЗАЯВЛЕННОГО ТРЕБОВАНИЯ,
ОГРАНИЧЕННАЯ
ПРАВОСПОСОБНОСТЬ
ГОСУДАРСТВ ВОЗБУЖДАТЬ
РАЗБИРАТЕЛЬСТВО НЕ МОЖЕТ
ЯВЛЯТЬСЯ ПРЕПЯТСТВИЕМ
ДЛЯ ПОДАЧИ ВСТРЕЧНОГО
ИСКА ПРОТИВ ИНВЕТОРА**

⁸ Atanasova, *Counterclaims in ISDS* – p.15.

⁹ The Energy Charter Treaty, Article 26. URL: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009act15> (accessed 22 April 2021).

¹⁰ Steingruber A. *Consent in International Arbitration*. Oxford University Press, 2012 – p. 207.

¹¹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, URL: <https://www.italaw.com/cases/961> (accessed 22 April 2021).



встречных требований и способствует процессуальной экономии, несмотря на возникающую при этом неточность с точки зрения того, что именно инвестор в рамках международного инвестиционного арбитража производит акцент государственной оферты.

Объединяя воедино особенности формулировки арбитражной оговорки в части материального объема спора и круга субъектов, уполномоченных на инициирование арбитражного разбирательства, можно прийти к выводу, что в случае, если арбитражная оговорка в МИС сформулирована достаточно узко, то есть определяет юрисдикцию трибунала в отношении только государственных обязательств, то вне зависимости от узкого или широкого круга лиц, имеющих право инициировать арбитраж, у трибунала будет отсутствовать компетенция на принятие и рассмотрение встречных исков к иностранным инвесторам. В то время как сочетание широкой предметной юрисдикции трибунала, имеющего право рассматривать споры, связанные с обязанностями как принимающего государства, так и инвестора с ограни-

ченным *locus standi*, не создаст препятствий для государств в части подачи встречных требований, поскольку в такой ситуации трибунал будет обладать компетенцией на принятие встречного иска, а ограниченный *locus standi* просто будет рассматриваться как ограничение принимающего государства на первоначальное возбуждение дела, что вытекает из специфики разрешения инвестиционных споров.

Помимо перечисленных выше особенностей, влияющих на юрисдикцию инвестиционного трибунала по рассмотрению встречных исков к иностранным инвесторам, важное значение приобретает наличие в тексте МИС прямого указания на право государства, против которого инвестор инициировал разбирательство, подавать встречные иски в случае нарушения каких-либо обязанностей иностранным инвестором. Так, Инвестиционное Соглашение Общего рынка стран Восточной и Южной Африки (КОМЕСА) 2007 года прямо закрепляет право государства-члена, против которого инвестор КОМЕСА предъявил иск, заявить в качестве защиты встречный иск в свя-

зи с неисполнением инвестором обязательств по Инвестиционному Соглашению КОМЕСА¹². В подобных случаях не может быть никакого сомнения в согласии как государства, так и инвестора на заявление встречного государственного иска, в то время как существует ряд инвестиционных соглашений, в которых вопрос о встречных исках рассматривается иначе, а именно – в тексте МИС прямо закрепляется ряд исключений, например, согласно ДИД США–Уругвай ответчик не может заявлять встречный иск по основаниям, в соответствии с которыми истец получил или получит возмещение или иную компенсацию за весь ущерб или его предполагаемую часть по договору страхования или выданной гарантии¹³. Можно с уверенностью утверждать, что такая формулировка, истолкованная *a contrario*, приводит к выводу о том, что другие виды встречных исков, не названные в тексте МИС, являются допустимыми.

В контексте инициирования иностранным инвестором арбитражного разбирательства встает вопрос о возможности сужения предложения принимающего государства за счет исключения инвестором своего согласия на рассмотрение трибуналом любых встречных требований, заявляемых государством. Представляется, что разрешение данного вопроса в целом согласуется с общей теорией договорного права, исходящей из принципа зеркальности, то есть ограничение инвестором оферты, предложенной государством, есть не что иное, как отказ от акцепта оферты, сопровождающийся встречным предложением иностранного инвестора к принимающему государству. Таким образом, оферта государства согласуется с подходом «бери или уходи» (англ. *take it or leave it*)¹⁴, который предусматривает лишь два возможных варианта поведения иностранного инвестора: он может только принять оферту государства в полном объеме или только ее отклонить, но ограничивать или расширять объем сделанного государством предложения инвестор не в силах.

Таким образом, при определении юрисдикции трибунала на рассмотрение встречного иска государства к иностранному инвестору необходимо выяснить, насколько широко или узко сформулирована арбитражная оговорка, поскольку именно она имеет определяющее значение для принятия или отклонения встречных требований.

2. Тесная связь встречного иска государства с первоначальным иском иностранного инвестора

В отличие от согласия принимающего государства и иностранного инвестора, которое определяет наличие или отсутствие юрисдикции трибунала в отношении встречных требований, критерий тесной связи (англ. *close connection*) встречного иска с первоначальным относится к критерию допустимости соответствующего встречного государственного требования (англ. *admissibility*), внимание на что было прямо акцентировано в делах *Metal-Tech v. Uzbekistan* (2013)¹⁵, а также *Oxus Gold v. Uzbekistan* (2015)¹⁶.

Так, ряд регламентов международных трибуналов прямо предусматривают необходимость наличия тесной связи встречного иска с первоначальным, в частности, в статье 80 Регламента Международного суда ООН закреплено, что встречный иск может быть предъявлен в случае, если он непосредственно связан с предметом первоначального иска¹⁷. Однако порой инвестиционные договоры и подлежащие применению арбитражные правила прямо не закрепляют критерий тесной связи, подлежащий установлению трибуналом, что не означает отказа от проверки допустимости заявляемых встречных требований государства, поскольку в противном случае происходило бы неоправданное расширение объема не связанных между собой претензий, тем самым препятствуя и задерживая разрешение арбитражного спора, что напрямую не согласуется с требованием процессуальной экономии. Кроме этого, критерий тесной связи позволяет

¹² Protocol on Finance and Investment of the SADC, Annex 1, Article 10; ECOWAS Supplementary Act, Article 11, COMESA Investment Agreement, 2007, Article 13. URL: https://www.sadc.int/files/4213/5332/6872/Protocol_on_Finance_Investment2006.pdf (accessed 22 April 2021).

¹³ US–Uruguay BIT, Article 28, n.7. URL: <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-united-states-of-america-uruguay-bit-2005-united-states-of-america-uruguay-bit-2005-friday-4th-november-2005> (accessed 22 April 2021).

¹⁴ ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v Republic of Argentina, PCA

Case No. 2010-9 (Award on Jurisdiction) (10 February 2012) para 272. URL: <https://www.italaw.com/cases/551> (accessed 22 April 2021).

¹⁵ Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3. URL: <https://www.italaw.com/cases/2272> (accessed 22 April 2021).

¹⁶ Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL. URL: <https://www.italaw.com/cases/781> (accessed 22 April 2021).

¹⁷ Rules of International Court of Justice. Article 80. URL: <https://www.icj-cij.org/en/rules> (accessed 22 April 2021).

усилить эффективность разрешения инвестиционных споров и обоснованность выносимых решений, поскольку он работает в двух направлениях: с одной стороны, критерий тесной связи не допускает заявления несвязанных претензий, неоправданно задерживая разрешение спора, а с другой стороны, позволяет не допустить раздельность рассмотрения требований, наоборот, тесно связанных друг с другом, поскольку стимулирует государства предъявлять встречные иски против иностранных инвесторов в том же арбитражном разбирательстве, не допуская ситуаций, при которых различными органами разрешения споров выносились бы противоречивые решения.

Определившись с вопросом о необходимости проверки приемлемости и допустимости заявляемых встречных требований, важное значение приобретает решение вопроса о том, какого же рода должна быть такая тесная связь: достаточно ли только фактической связи с первоначальным иском или встречный иск должен проистекать и основываться на том же правовом инструменте, что и первоначальный иск? Практика международных инвестиционных трибуналов показывает, что по данному вопросу не существует однозначного решения. Так, в деле *Saluka v. Czech Republic* (2006) трибунал сформулировал подход, согласно которому государство может заявить только такой встречный иск против иностранного инвестора, который предполагает единство с правовым инструментом, заложенным в основу первоначального требования инвестора, в частности правовые споры, касающиеся национального внутреннего права, не будут являться спорами, возникающими непосредственно из инвестиций¹⁸. В связи с таким подходом отрицается возможность существования тесной связи между теми вопросами, которые охватываются национальным правом государства-ответчика, и заявленными требованиями инвестора, что, однако, в контексте международного инвестиционного арбитража создает препятствия для государств, стремящихся заявить о нарушении инвестором международного или внутреннего национального права принимающего государства, в связи с чем такой узкий подход подвергается обоснованной

**УЗКОЕ ТОЛКОВАНИЕ КРИТЕРИЯ
ТЕСНОЙ СВЯЗИ СТИМУЛИРОВАЛО
ФОРМИРОВАНИЕ БОЛЕЕ ШИРОКОГО
И ГИБКОГО КРИТЕРИЯ, НАШЕДШЕГО
ОТРАЖЕНИЕ, В ЧАСТНОСТИ, В ДЕЛЕ
URBASER V. ARGENTINA (2016),
В КОТОРОМ ТРИБУНАЛ ПОСЧИТАЛ,
ЧТО ВОПРОС О ДОПУСТИМОСТИ
И ПРИЕМЛЕМОСТИ ВСТРЕЧНОГО ИСКА
ГОСУДАРСТВА ДОЛЖЕН РАЗРЕШАТЬСЯ
С ОПОРОЙ НА ФАКТИЧЕСКУЮ СВЯЗЬ,
КОТОРАЯ В ДАННОМ ДЕЛЕ БЫЛА
ОЧЕВИДНОЙ И ЯВНОЙ, ПОСКОЛЬКУ
ТРЕБОВАНИЯ ИНВЕСТОРА
И ПРИНИМАЮЩЕГО ГОСУДАРСТВА
БЫЛИ СВЯЗАНЫ С ОДНИМИ
И ТЕМИ ЖЕ ИНВЕСТИЦИЯМИ,
В ОТНОШЕНИИ ОДНОЙ И ТОЙ ЖЕ
КОНЦЕССИИ, УЧРЕЖДЕННОЙ ДЛЯ
ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ НАСЕЛЕНИЮ
ДОСТУПА К ВОДЕ**

критике как являющийся чрезмерно строгим и недостаточно чувствительным к специфике международного инвестиционного арбитража, поскольку такое понимание критерия тесной связи подрывает, например, широко сформулированную арбитражную оговорку¹⁹. Так, арбитражная оговорка, имеющая вид: «все споры, связанные с инвестициями, могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж», несомненно, предполагает право государства заявлять встречные иски против иностранного инвестора.

Узкое толкование критерия тесной связи стимулировало формирование более широкого и гибкого критерия, нашедшего отражение, в частности, в деле *Urbaser v. Argentina* (2016), в котором трибунал посчитал, что вопрос о допустимости и приемлемости встречного иска государства должен разрешаться с опорой на фактическую связь, которая в данном деле была очевидной и явной, поскольку требования инвестора и принимающего государства были связаны с одними и теми

¹⁸ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, URL: <https://www.italaw.com/cases/961> (accessed 22 April 2021).

¹⁹ Douglas Z. *The international Law of Investment Claims* // Cambridge University Press, 2012 – p. 260.

же инвестициями, в отношении одной и той же концессии, учрежденной для предоставления населению доступа к воде²⁰. Как подчеркнул трибунал, наличие установленной фактической связи между первоначальным и встречным иском является достаточным на этапе проверки допустимости для принятия трибуналом встречного иска государства к своему рассмотрению, естественно, только после прохождения первого этапа проверки, на котором оценивается юрисдикция трибунала и согласие сторон на рассмотрение спора в рамках инвестиционного арбитража. При этом, признав достаточным наличие лишь фактической связи, арбитраж также обратил внимание и на вопрос о наличии юридической связи, усмотрев ее в возможности применения норм международного права как к основному иску, так и к встречным требованиям государства²¹.

Таким образом, следует приветствовать подход к критерию тесной связи, сформулированный в деле *Urbaser v. Argentina* (2016), поскольку при помощи большей гибкости и чувственности к потребностям разрешения дел соответствующий критерий, основанный на оценке фактической связанности, увеличивает количество государств, заявляющих встречные требования к иностранному инвестору, тем самым ликвидируя асимметричность международного инвестиционного арбитража и неэффективность судебных разбирательств, по окончании которых выносились бы противоречивые решения, а также усиливая государственное доверие к соответствующей системе разрешения споров.

3. Правовое основание, порождающее обязательства иностранного инвестора по отношению к принимающему государству

При подаче встречного иска государством необходимо определить, из какого правового основания или правового инструмента возникла обязанность иностранного инвестора, им не исполненная, что и стало причиной встречного государственного требования. Так, принято выделять четыре основных правовых основания встречных

требований государств, которые, однако, отличаются различной степенью практической эффективности: частноправовой контракт между принимающим государством и иностранным инвестором; внутреннее национальное право государства (в частности налоговое, экологическое); международное право; международные договоры о защите и поощрении иностранных инвестиций.

3.1. Частноправовой контракт между принимающим государством и иностранным инвестором

Одним из самых распространенных и действенных правовых оснований для заявления государствами встречных требований к иностранному инвестору является частноправовой контракт, который, в отличие от МИС, порождает на стороне инвестора ряд обязательств. Однако для успешного предъявления встречных требований необходима идентичность между сторонами арбитражного разбирательства и соответствующими сторонами материального обязательства, проистекающего из частноправового контракта. Так, инвестиционные трибуналы довольно неохотно принимают встречные иски на основании тех договоров с иностранными инвесторами, стороной которых не является ни само государство, ни его органы. Аналогичное требование применяется и в обратном направлении, то есть представляется необходимым, чтобы иностранный инвестор как сторона подлежащего разрешению спора совпала с тем субъектом, который, согласно частноправовому контракту, обременен обязанностью, на которую ссылается государство и которую иностранный инвестор принял на себя при заключении договора. Однако нужно иметь в виду, что не любые обязательства из контракта между инвестором и государством могут стать объектом рассмотрения в международном инвестиционном арбитраже, поскольку, как отмечает выдающийся юрист Джеймс Кроуфорд (James Crawford), специалист в области международного публичного права и международного инвестиционного арбитража, требования, вытекающие из частноправо-

²⁰ Abel P. Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration, Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID *Urbaser v. Argentina* Award, Brill Open Law, 28 November 2018, URL: https://brill.com/view/journals/bol/1/1/article-p61_61.xml?lang=en (accessed 22 April 2021).

²¹ Козьякова А.М. Дело *Urbaser and CABB v. Argentina* в международном инвестиционном арбитраже: поиск справедливого баланса между иностранным инвестором и принимающим государством // Международное правосудие. 2017. N 3. С. 3 - 18.

вого контракта для их принятия к рассмотрению международным инвестиционным трибуналом в совокупности с широко сформулированной арбитражной оговоркой, должны удовлетворять трем условиям. Во-первых, частноправовой договор должен быть связан с иностранными инвестициями, а не являться обычным коммерческим договором, заключаемым в целях поставки в государство определенного рода товаров и услуг. Во-вторых, важным представляется соблюдение требования идентичности сторон контракта и арбитражного разбирательства, в связи с чем соответствующий договор подлежит заключению непосредственно с самим государством, а не с каким-либо юридическим лицом, имеющим государственное участие, или третьим лицом. В-третьих, частноправовой контракт между принимающим государством и иностранным инвестором не должен содержать свою собственную исключительную арбитражную оговорку об урегулировании споров²². В частности, в деле *Vivendi v. Argentina* (2007) трибунал истолковал наличие собственной арбитражной оговорки об урегулировании спора как обстоятельство, препятствующее утверждению договорных требований в соответствующем инвестиционном арбитраже, поскольку не может подвергаться сомнению согласованный сторонами частноправовой контракта форум разрешения споров²³.

Таким образом, следует признать, что частноправовой контракт между принимающим государством и иностранным инвестором является эффективным правовым инструментом и основанием для заявления государствами встречных требований и исков, однако для успешного их утверждения трибуналом необходимо, чтобы договор, на который опирается и ссылается государство, не содержал своей собственной арбитражной оговорки, определяющей исключительную юрисдикцию определенного арбитражного трибунала по рассмотрению тех требований и споров, которые вытекают из заключенного договора.

3.2. Внутреннее национальное право принимающего государства

Ссылка государств на нарушение иностранным инвестором их внутреннего национального законодательства, в частности налогового, экологического, используется главным образом в тех случаях, когда в текстах частноправовых контрактов и МИС не содержится каких-либо обязательств инвестора, что, по сути, не оставляет государствам никакого другого варианта, как обосновывать свои встречные требования интересами публичного порядка и необходимостью соблюдения внутреннего законодательства. Вместе с тем нельзя сказать, что такая отчаянная попытка принимающих инвестиции государств заканчивается успешно, поскольку в большинстве случаев трибуналы не находили обоснованную ссылку на национальное законодательство как источник обязательств инвестора, в связи с чем отказывали в принятии соответствующих встречных требований. В частности, в деле *Paushok v. Mongolia* (2011) инвестиционный трибунал заявил, что предъявление в таких ситуациях встречных требований к инвестору фактически эквивалентно попыткам экстерриториального применения и приведения в исполнение публичного законодательства принимающего государства, Монголии, в частности ее налогового права, что должно быть, несомненно, исключено и признано недопустимым²⁴. Такой подход заслуживает поддержки в том плане, что не создает для принимающих государств возможности рассмотрения чисто внутренних споров, вытекающих из общего национального права в рамках международного инвестиционного трибунала, предполагающего денационализацию разрешения возникающих между инвестором и государством противоречий. Кроме этого, встает вопрос о способности международного трибунала, в целом, рассматривать сугубо технические и сложные аспекты национального законодательства, в частности налогового права²⁵, поскольку представляется более обоснованным и целесообразным передавать рассмотрение соответству-

²² Crawford J. Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007. URL: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf (accessed 22 April 2021).

²³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie*

Générale des Eaux v. Argentine Republic). URL: <https://www.italaw.com/cases/309> (accessed 22 April 2021).

²⁴ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL. URL: <https://www.italaw.com/cases/816> (accessed 22 April 2021).

²⁵ Atanasova, *Counterclaims in ISDS* – p.54–55.

РАССМОТРЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В КАЧЕСТВЕ ОСНОВЫ ДЛЯ ЗАЯВЛЕНИЯ ВСТРЕЧНЫХ ТРЕБОВАНИЙ ПРОТИВ ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА ПОДНИМАЕТ ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЙ ВОПРОС О ВОЗМОЖНОСТИ ДЛЯ ЧАСТНОГО ЛИЦА НЕСТИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ, ПОСКОЛЬКУ ОБЩЕПРИЗНАННЫЙ ПОДХОД СОСТОИТ В ТОМ, ЧТО ИМЕННО ГОСУДАРСТВА КАК ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ ОБРАЗОВАНИЯ РАССМАТРИВАЮТСЯ В КАЧЕСТВЕ СУБЪЕКТОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, НЕСУЩИХ ОПРЕДЕЛЕННЫЙ РЯД ОБЯЗАННОСТЕЙ

ющих вопросов на разрешение внутригосударственным национальным судам.

Вместе с тем в деле *Goetz v. Burundi* (1999) трибунал пришел к выводу о наличии юрисдикции на рассмотрение встречного требования государства, поскольку арбитражная оговорка, заключенная в МИС, содержала в себе ссылку как на международное, так и на муниципальное право принимающего государства²⁶, в связи с чем можно сделать вывод об отсутствии какого бы то ни было исчерпывающего и непротиворечивого подхода к ссылке государств на нарушение внутреннего национального законодательства как основы для предъявления встречного иска, однако, в целом, нужно признать, что такой правовой инструмент в значительной степени уступает частно-правовому контракту, который непосредственно формулирует перечень обязанностей, налагаемых на иностранного инвестора.

3.3. Международное право

Возможное правовое основание встречного иска государства может обеспечиваться также

при помощи ссылки на общие принципы международного права и международно-правовой обычай, которая, однако, вряд ли будет достаточно успешной ввиду общего характера такого правового инструментария. Вместе с тем рассмотрение международного права в качестве основы для заявления встречных требований против иностранного инвестора поднимает фундаментальный вопрос о возможности для частного лица нести обязательства по международному праву, поскольку общепризнанный подход состоит в том, что именно государства как публично-правовые образования рассматриваются в качестве субъектов международного права, несущих определенный ряд обязанностей. В последние годы, несмотря на всю противоречивость прецедентной практики²⁷ и многоголосие мнений ученых²⁸, уже успел сформироваться подход, который признает, хотя и в очень ограниченной степени, тот факт, что частные лица, в том числе и инвестор, могут подпадать под обязательства по международному праву, в связи с чем государства наделяются возможностью подавать встречные иски против инвесторов со ссылкой на соответствующий правовой инструментарий.

Однако, несмотря на растущую идею о том, что не только государства являются обязанными по международному праву в сфере защиты прав человека, устойчивого развития и охраны окружающей среды, все же представляется не вполне обоснованным навязывание соответствующих обязанностей частным лицам, в том числе инвесторам, поскольку МИС, как правило, не содержат в своем тексте прямо сформулированные обязанности иностранного инвестора по защите окружающей среды, прав человека в сфере труда и экологии и др. Что же касается международно-правовых обычаев, то они сложились в результате многовекового взаимодействия государств между собой, в связи с чем не предназначены для создания обязательств для частных лиц, именно поэтому только общие принципы права могут выступать в качестве той правдоподобной

²⁶ Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3. URL: <https://www.italaw.com/cases/508> (accessed 22 April 2021).

²⁷ Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009; World Duty Free Company Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 6 October 2006.

²⁸ See Kryvoi (n 18) 17-24; Toral and Schultz (n 150) 579-580; J Ruggie, 'Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts, Delivered to the Human Rights Council', U.N. Doc. A/HRC/4/35 (9 February 2007).

основы для обязательств иностранного инвестора, в частности принцип добросовестности, а также перечень, сформулированный профессором Ярославом Кривым (Yaraslau Kryvoi), который выделяет также принцип *pacta sunt servanda*, обязательства по смягчению ущерба, принцип реституции *in integrum*, исключения *non adimpleti contractus*, несправедливое обогащение, эstopпель и др.²⁹

Важное значение в свете рассмотрения международного права как основы для обязательств иностранного инвестора приобретает дело *Urbaser v. Argentina* (2007), в котором государство-ответчик подало встречный иск, заявив о нарушении инвестором права человека на воду³⁰. По итогу инвестиционный трибунал впервые провозгласил, что негосударственные субъекты несут, прежде всего, негативные обязательства по отношению к правам человека, то есть являются обязанными не заниматься деятельностью, которая может повлечь за собой или влечет нарушение прав человека и основных свобод³¹.

Таким образом, в настоящее время начинает активно формироваться подход, согласно которому международное право и общеправовые принципы рассматриваются в качестве основания и правового инструментария для заявления государствами встречных требований против иностранного инвестора. Вместе с тем еще преждевременно говорить об устоявшейся традиции разрешения споров международными инвестиционными трибуналами, которые бы однозначно заявляли об обязанности иностранного инвестора как частного лица соблюдать права, свободы и законные интересы человека и гражданина.

3.4. Международные договоры о защите и поощрении иностранных инвестиций

В целом, можно констатировать, что международные договоры о защите и поощрении иностранных инвестиций не налагают каких-либо обязанностей на инвестора, являясь

своего рода межгосударственными соглашениями, предоставляющими инвесторам ряд прав и преимуществ. Вместе с тем в настоящее время наметилась тенденция включения в текст МИС ряда положений, регулирующих деятельность инвестора в сфере прав человека и обременяющих его рядом обязанностей. Соответствующие положения могут находиться в преамбуле МИС, что не позволяет говорить об их включенности в основной текст соглашения, в связи с чем они могут использоваться только в качестве руководства к надлежащему поведению инвестора и правильному толкованию, но никак не могут обязывать инвестора действовать определенным образом³².

Еще одна разновидность положений может быть сформулирована следующим образом: «стороны соглашения могут принимать, поддерживать и приводить в исполнение любые меры для обеспечения того, чтобы инвестиционная деятельность на территории принимающих государств осуществлялась с учетом прав человека, в частности трудовых и экологических». Приведенная формулировка, по праву, не является настолько четкой, чтобы считать, что существует реальное ограничение прав инвесторов и наложение на них обязанностей в сфере защиты трудовых и экологических прав человека, поэтому, несомненно, что рассматриваемые положения не являются по своей природе тем обязательством, которое подлежит принудительному исполнению через арбитраж в отношении иностранного инвестора³³.

Таким образом, международные договоры о защите и поощрении иностранных инвестиций не налагают на инвесторов четких обязательств, которые позволили бы государствам-сторонам инвестиционного арбитражного разбирательства предъявлять встречные иски на основе тех материально-правовых стандартов, которые заложены в основу договоров.

²⁹ Kryvoi Yarik. Counterclaims in Investor-State Arbitration (January 27, 2012). *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 21, No. 2, pp 216-252, 2012, URL: <https://ssrn.com/abstract=1993116> (accessed 22 April 2021).

³⁰ Рачков И.В. Решения международных инвестиционных арбитражей о компетенции (юрисдикции) и приемлемости исков: обзор наиболее примечательных дел за 2016 год // *Международное правосудие*. 2018. N 3. С. 93 - 110.

³¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/>

investment-dispute-settlement/cases/263/urbaser-and-cabb-v-argentina (accessed 22 April 2021).

³² Atanasova, Counterclaims in ISDS – p.41.

³³ Toral, Mehmet and Schultz, Thomas, The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations (December 1, 2010). *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, pp. 577-602, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, and Claire Balchin, eds., Kluwer Law International, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1811922> (accessed 22 April 2021).

4. Заключение

Подводя итог, можно сделать несколько выводов:

1. для принятия международными инвестиционными трибуналами встречных исков государств к иностранным инвесторам необходимо проверить наличие юрисдикции на рассмотрение встречного государственного требования, определить степень удовлетворенности критерия допустимости и приемлемости встречного иска в зависимости от «тесноты» связанности с первоначальным требованием инвестора; выявить то правовое основание, которое порождает обязанность иностранного инвестора и на которое ссылается принимающее иностранные инвестиции государство;
2. для определения юрисдикции трибунала необходимо обратиться к арбитражной оговорке и проверить наличие согласия сторон на рассмотрение в арбитраже встречных требований государства. Так, широко сформулированные арбитражные оговорки вне зависимости от ограниченного определения круга лиц, имеющих право инициировать разбирательство (лат. *locus standi*), позволяют говорить о наличии согласия принимающего государства и иностранного инвестора на рассмотрение встречного иска в арбитраже, в отличие от узко сформулированных арбитражных оговорок, которые ограничивают юрисдикцию трибунала по рассмотрению только тех споров, которые связаны с неисполнением обязанностей принимающим государством;
3. критерий тесной связи, выступающий в качестве условия допустимости встречного иска, является процессуальным обычаем и устоявшимся общеправовым принципом, нашедшим закрепление не только в международной практике разрешения споров, но и в национальных процессуальных кодексах, в связи с чем, вне зависимости от того, прописан ли данный критерий в инвестиционном договоре и подлежащих применению арбитражных правилах, он подлежит оценке арбитражным трибуналом. При этом

представляется более обоснованным рассматривать данный критерий с точки зрения фактической, а не исключительно юридической связи между первоначальным иском инвестора и встречным иском принимающего государства, причем фактической связи самой по себе достаточно для признания арбитражным трибуналом допустимости встречных государственных требований;

4. рассматривая действенные и эффективные правовые основания, которые могут породить обязанность иностранного инвестора соблюдать права человека, в частности в сфере трудовых правоотношений и охраны окружающей среды, и являться основой для заявления встречных требований государством, можно выделить частноправовой контракт, заключаемый между принимающим государством и иностранным инвестором и не закрепляющий в своем тексте собственную арбитражную оговорку, которая бы препятствовала рассмотрению спора в том же самом арбитражном разбирательстве, что и первоначальный иск инвестора.

В целом, нужно признать, что встречные иски государств к иностранным инвесторам в рамках международного инвестиционного арбитража являются действенным механизмом преодоления кризиса легитимности соответствующей системы разрешения споров, в частности, при помощи поощрения ответственного инвестирования (например, рассмотрение встречных государственных исков в отношении предполагаемых нарушений прав человека)³⁴, что, несомненно, способствует повышению как государственного, так и народного доверия к выносимым арбитражным решениям, поскольку при помощи заявления встречных требований преодолевается образовавшаяся в последние годы в практике инвестиционных трибуналов асимметричность защиты интересов сторон спора, что сопровождалось радикальным ответом со стороны государств на односторонность инвестиционного регулирования, проявляющимся в денонсации международных инвестиционных соглашений о защите и поддержке иностранных инвестиций.

³⁴ Рачков И.В. Тенденции развития международного инвестиционного арбитража: вопросы по существу споров // Международное правосудие. 2019. № 1. С. 115-116.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. Rules of International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/en/rules> (accessed 22 April 2021).
2. The Energy Charter Treaty. URL: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028009ac15> (accessed 22 April 2021).
3. Protocol on Finance and Investment of the SADC, 2007. URL: https://www.sadc.int/files/4213/5332/6872/Protocol_on_Finance_Investment2006.pdf (accessed 22 April 2021).
4. US-Uruguay BIT. URL: <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-united-states-of-america-uruguay-bit-2005-united-states-of-america-uruguay-bit-2005-friday-4th-november-2005> (accessed 22 April 2021).

Судебная практика:

5. Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, URL: <https://www.italaw.com/cases/927> (accessed 22 April 2021).
6. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, URL: <https://www.italaw.com/cases/961> (accessed 22 April 2021).
7. ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v Republic of Argentina, PCA Case No. 2010-9 (Award on Jurisdiction) (10 February 2012) para 272. URL: <https://www.italaw.com/cases/551> (accessed 22 April 2021).
8. Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3. URL: <https://www.italaw.com/cases/2272> (accessed 22 April 2021).
9. Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL. URL: <https://www.italaw.com/cases/781> (accessed 22 April 2021).
10. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). URL: <https://www.italaw.com/cases/309> (accessed 22 April 2021).
11. Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL. URL: <https://www.italaw.com/cases/816> (accessed 22 April 2021).
12. Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3. URL: <https://www.italaw.com/cases/508> (accessed 22 April 2021).
13. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/263/urbaser-and-cabb-v-argentina> (accessed 22 April 2021).

Научная литература:

14. Рачков И.В. Дело «Русоро» против Венесуэлы // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2017. N 3. С. 3-15.

15. Козьякова А.М. Дело Urbaser and CABB v. Argentina в международном инвестиционном арбитраже: поиск справедливого баланса между иностранным инвестором и принимающим государством // Международное правосудие. 2017. N 3. С. 3-18.
16. Рачков И.В. Решения международных инвестиционных арбитражей о компетенции (юрисдикции) и приемлемости исков: обзор наиболее примечательных дел за 2016 год // Международное правосудие. 2018. N 3. С. 93-110.
17. Рачков И.В. Тенденции развития международного инвестиционного арбитража: вопросы по существу споров // Международное правосудие. 2019. N 1. С. 93-117.
18. Kesley J. The crisis of legitimacy in international investment agreements and investor-state dispute settlement // Judicial Power Project, 2018, URL: <https://isds.bilaterals.org/?the-crisis-of-legitimacy-in&lang=en> (accessed 22 April 2021).
19. Douglas Z. The international Law of Investment Claims // Cambridge University Press, 2012 – p. 616.
20. Atanasova D., Benoit C., Ostřanský J. Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreements (IIAs), Graduate Institute Centre For Trade and Economic Integration, 2012 – p. 60.
21. Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law // Oxford University Press, 2d edition, 2012 – p. 433.
22. Steingruber A. Consent in International Arbitration. Oxford University Press, 2012 – p. 416.
23. Abel P. Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration, Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award, Brill Open Law, 28 November 2018, URL: https://brill.com/view/journals/bol/1/1/article-p61_61.xml?lang=en (accessed 22 April 2021).
24. Crawford J. Treaty and Contract in Investment Arbitration, The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007. URL: https://is.muni.cz/el/1422/podzim2010/MVV61K/um/20201574/Crawford-Treaty_and_Contract-2.pdf (accessed 22 April 2021).
25. Kryvoi Yarik. Counterclaims in Investor-State Arbitration (January 27, 2012). Minnesota Journal of International Law, Vol. 21, No. 2, pp 216-252, 2012, URL: <https://ssrn.com/abstract=1993116> (accessed 22 April 2021).
26. Toral, Mehmet and Schultz, Thomas, The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations (December 1, 2010). The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, pp. 577-602, Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, and Claire Balchin, eds., Kluwer Law International, 2010. URL: <https://ssrn.com/abstract=1811922> (accessed 22 April 2021).



УДК 34



Кегадуюев Мурат Заурович
(Kegaduev2000@mail.ru)

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

Murat Kegaduev

3rd-year student of bachelor program Speransky's Faculty of Law
Institute of Law and National Security Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration



Далакян Гегик Агабекович
(dalakyan-01@mail.ru)

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

Gagik Dalakyan

3rd-year student of bachelor program Speransky's Faculty of Law
Institute of Law and National Security Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

Научный руководитель:

Никулина Валерия Сергеевна

Кандидат юридических наук

Доцент кафедры гражданского права и процесса Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Academic supervisor:

Valeria Nikulina

Associate professor, Ph.D in Law

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

ДОГОВОР СЧЕТА ЭСКРОУ КАК ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЙ МЕХАНИЗМ ГАРАНТИЙ В СФЕРЕ ДОЛЕВОГО СТРОИТЕЛЬСТВА

ESCROW ACCOUNT AGREEMENT AS AN ADDITIONAL GUARANTEE MECHANISM IN THE FIELD OF SHARED-EQUITY CONSTRUCTION

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются основные вопросы и проблемы договора счета эскроу как способа обеспечения исполнения обязательств сторонами по договору долевого участия в строительстве. Исследованы подходы ученых к вопросу конструкции договора счета эскроу, помимо этого, судебная практика и законодательная база, которые позволяют раскрыть сущность данного вида договора, активно используемого при заключении договора долевого участия в строительстве.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: договор счета эскроу, эскроу-агент, объект депонирования, обеспечение исполнения обязательств, договор долевого участия в строительстве.

ANNOTATION: The article deals with the main issues and problems of escrow account agreement as a way to ensure fulfillment of obligations by the parties under a construction equity agreement. The approaches of scholars to the design of escrow account contract are studied, in addition, case law and legislative framework that allows to reveal the essence of this type of contract, which is actively used when concluding an equity participation contract in construction.

KEYWORDS: escrow agreement, escrow agent, escrow object, security, equity construction.

С развитием рыночных отношений развивается обязательственное право, появляются новые виды обязательств, а вместе с тем и способы обеспечения их исполнения. Одним из изменений в Гражданском кодексе Российской Федерации, вступивших в силу 1 июня 2018 года, является появление нового вида договора – договора счёта эскроу. Свою актуальность данный институт приобрел в сфере реализации отдельных видов обязательств, в том числе в связи с тем, что Федеральный закон от 30.12.2004 №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон №214-ФЗ) предусматривает запрет на привлечение денежных средств дольщиков без использования эскроу-счетов¹. Под договором подразумеваются трехсторонние отношения, при которых должник во исполнение своего основного обязательства передает деньги не непосредственно контрагенту, а третьему лицу (эскроу-агенту).

Обратимся к происхождению слова «эскроу». Французский термин “escroue” означал клочок бумаги, служивший в качестве основы договора, который третье лицо хранило у себя до исполнения обязательств сторонами. “Deed in escrow” – юридическая конструкция общего права, договор за печатью, который вступает в силу исключительно после наступления определённого условиями договора события, то есть речь идёт о договоре под отлагательным условием. Фактически договор счёта эскроу уходит своими корнями в англосаксонское право².

Исследуя данный институт, стоит исходить из основных концептуальных идей. Правовой институт договора счёта эскроу позволяет повысить надёжность осуществляемых сделок в сфере долевого строительства, уменьшая риски для дольщиков. Договор счёта эскроу является по своей природе акцессорным, производным, дополняет основное обязательство и является дополнитель-

ной гарантией исполнения обязательств. Закрепленная в ГК РФ конструкция договора счёта эскроу представляет собой один из вариантов того соглашения, который известен в странах англо-американской правовой семьи под наименованием «escrow agreement», а в германском праве – «Treuhandkonto». То есть конструкция института договора счёта эскроу предполагает существование на момент заключения договора счёта эскроу другого (основного) обязательства между бенефициаром и депонентом, например, купли-продажи. Такой точки зрения придерживаются Б.М. Гонгало и П.В. Крашенинников³.

Особенности договора счёта эскроу

Наиболее полно специфику данного вида договора можно понять, обратившись к сторонам, в нём участвующим. Для договора счёта эскроу характерно участие трёх сторон: депонента, бенефициара и эскроу-агента. Депонент временно передает эскроу-агенту свои денежные средства на хранение. Бенефициар, в свою очередь, имеет возможность получить денежные средства в случае соблюдения им предусмотренных условий, в частности – передачи объекта дольщику, если говорить о выполнении обязательств со стороны застройщика по договору долевого участия.

Гарантом исполнения обязательств является эскроу-агент, которому должны доверять обе стороны, в качестве такового выступает банк, исходя из ч.1. ст.860.7 ГК РФ. Эскроу-агент является независимой организацией, которая в зависимости от исполнения или неисполнения обеими сторонами своих обязательств направляет одной из сторон переданные ей на временное хранение деньги. Законодатель возлагает на эскроу-агента не только функцию третьего лица – посредника, но и функцию проверки наличия оснований для передачи имущества, то есть эскроу-агент должен провести приёмку по основному договору.

Суть договора счёта эскроу как гарантии совершения сделки заключается в передаче эскроу-агенту денежных средств, которые «замораживаются» до момента исполнения обязательств

¹ Федеральный закон от 30.12.2004 №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_51038/

² Кархалев Д.Н. Договор счёта эскроу в гражданском праве // Нотариус. 2021. N 3. С. 11

³ Гонгало Б. М. Крашенинников П. В. Условное депонирование (эскроу) / Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинников // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. – М.: Статут, 2018. – С. 151-167.

обеими сторонами. Принципиально важным является момент нахождения денежных средств на временном хранении: в этот период застройщик (бенефициар) не имеет к ним доступ. Это произойдёт только при передаче объекта недвижимости участнику долевого строительства (депоненту). Особенностью эскроу-агента как третьей стороны договора является то, что он, во-первых, не является стороной основного обязательства, заключённого между депонентом и бенефициаром, и, во-вторых, действует в интересах обеих сторон, соответственно, является беспристрастным и независимым субъектом правоотношений.

Распространенная ошибка состоит в приравнивании договора счета эскроу к договору эскроу. Представляется рациональным считать договор счёта эскроу частным случаем договора эскроу. Безусловно, общим для этих двух видов договоров является некая опосредованность: условиями обоих договоров подразумевается «многоуровневость» отношений в их рамках, поскольку обязательство депонента можно считать исполненным в момент передачи его имущества эскроу-агенту, т.е. третьей, а не второй стороне. В результате передачи у бенефициара возникает право требования в отношении эскроу-агента. В случае с зарубежной практикой договор счёта эскроу используется в качестве дополнительного по отношению к самому договору эскроу⁴, в отличие от российского механизма, который предусмотрен Гражданским Кодексом РФ.

В связи с этим видится целесообразным сопоставить два этих вида договоров, чтобы выявить различия, которые непосредственным образом влияют на правовое регулирование рассматриваемых институтов.

Во-первых, если обратиться к нормам Гражданского кодекса, можно обратить внимание на то, что в роли эскроу-агента в договоре счёта эскроу может выступать только банк, в отличие от договора эскроу. К такому выводу можно прийти, например, обратившись к пункту 1 статьи 926.8 Гражданского кодекса РФ, где допускается прекращение договора эскроу по причине смерти эскроу-агента. В качестве эскроу-агентов могут вы-

**ДЛЯ ДОГОВОРА СЧЁТА ЭСКРОУ
ХАРАКТЕРНО УЧАСТИЕ
ТРЁХ СТОРОН: ДЕПОНЕНТА,
БЕНЕФИЦИАРА И ЭСКРОУ-
АГЕНТА. ДЕПОНЕНТ ВРЕМЕННО
ПЕРЕДАЕТ ЭСКРОУ-АГЕНТУ
СВОИ ДЕНЕЖНЫЕ СРЕДСТВА НА
ХРАНЕНИЕ. БЕНЕФИЦИАР, В СВОЮ
ОЧЕРЕДЬ, ИМЕЕТ ВОЗМОЖНОСТЬ
ПОЛУЧИТЬ ДЕНЕЖНЫЕ СРЕДСТВА
В СЛУЧАЕ СОБЛЮДЕНИЯ ИМ
ПРЕДУСМОТРЕННЫХ УСЛОВИЙ,
В ЧАСТНОСТИ – ПЕРЕДАЧИ ОБЪЕКТА
ДОЛЬЩИКУ, ЕСЛИ ГОВОРИТЬ
О ВЫПОЛНЕНИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ
СО СТОРОНЫ ЗАСТРОЙЩИКА
ПО ДОГОВОРУ ДОЛЕВОГО УЧАСТИЯ**

ступать банки, нотариусы, юридические фирмы, брокеры, специализированные эскроу-компании. Наиболее распространённые варианты, которые рассматриваются в качестве эскроу-агентов – нотариусы и банки⁵.

Выбор в пользу нотариуса может быть обусловлен тем, что он лично заинтересован в исполнении обязательств. Он занимается страхованием ответственности и несет ответственность своим имуществом, если у него не получится доказать, что утрата, недостача или повреждение имущества, переданного ему на хранение, произошли либо в результате непреодолимой силы, либо из-за свойств вещей, о которых нотариус не знал и не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности депонента. Выбор банка в качестве эскроу-агента происходит в случае, когда дольщик приобретает жилую недвижимость с помощью ипотечного кредита, который выдается ему банком.

Во-вторых, в договоре счёта эскроу объектом депонирования могут быть исключительно денежные средства, в то время как круг объектов договора эскроу намного шире: движимые вещи, безналичные денежные средства и бездокумен-

⁴ Матянова (Губенко) Е.С. Счет эскроу и номинальный счет как элементы конструкции условного депонирования (эскроу) // Финансовое право. 2019. N 5. С. 28.

⁵ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/

тарные ценные бумаги. Принципиально важным является то, что ни в одном из этих видов договоров недвижимые вещи не могут служить в качестве объектов.

В-третьих, важно отметить, что в законодательстве идет отсылка к дополнительному обеспечению обязательства. Также из самой дефиниции следует то, что депонент обязуется передать на депонирование имущество, что нельзя сказать о договоре счета эскроу, так как предмет выражается лишь в денежных средствах. Представляется, что договор счета эскроу может расцениваться как новый способ обеспечения исполнения обязательств.

Однако объём гражданско-правовых отношений, охватываемых договором эскроу, значительно шире, чем договором счёта эскроу. Соответственно, применение договора счёта эскроу в сравнении с договором эскроу ограничено, и данная юридическая конструкция в меньшей степени отвечает запросам современного гражданского оборота.

Применение договора счета эскроу в долевом строительстве

Несмотря на достаточно узкий круг отношений, регулируемых договором счёта эскроу, он играет значительную роль в правоотношениях, связанных с приобретением помещений, в частности жилых. В первую очередь к его использованию прибегают при участии в долевом строительстве. В договоре, регулирующем соответствующее правоотношение, в качестве одной стороны выступает дольщик (физическое лицо), в качестве другой – строительная организация (юридическое лицо). В практике нередко были случаи недобросовестного поведения строительных организаций в ходе, например, строительства многоквартирных домов, и неудивительно, что дольщики не могли себя чувствовать защищёнными в рамках гражданского оборота: юридическая конструкция была ненадёжной, было недостаточно гарантий. И поскольку было невозможно и далее подвергать

физических лиц таким рискам, российское законодательство пришло к выводу о необходимости создания такого правового института, который придаст бы жилищным правоотношениям большую безопасность. Были введены такие институты, как договор счёта эскроу и договор условного депонирования.

С 1 июля 2019 года заключение договоров счёта эскроу при долевом строительстве многоквартирных домов стало обязательным. На эскроу-счета подлежат зачислению денежные средства дольщиков, которые перейдут к застройщику только после подписания акта сдачи-приёмки жилья. Из ст. 860.7 Гражданского кодекса РФ следует, что договор счёта эскроу – это договор, в котором одна сторона – банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от другой стороны – владельца счета (депонента) в целях передачи их третьему лицу (бенефициару) при возникновении оснований, предусмотренных договором счета эскроу⁶. Банк в данном случае не является третьей стороной, что обозначено в «Ответах на вопросы относительно проектного финансирования долевого строительства», опубликованных на официальном сайте Банка России⁷. Юридическая конструкция состоит из договора счета эскроу и договора участия в долевом строительстве многоквартирного дома.

Помимо предусмотренного Законом № 214-ФЗ обязательного использования механизма эскроу-счёта для осуществления расчётов между сторонами, существующая судебная практика ещё больше укрепляет положение дольщиков. Так, в постановлении Второго арбитражного апелляционного суда от 14.09.2018 N 02АП-6131/2018 по делу N A17-3753/2018 была обозначена обязательность предоставления застройщиком заинтересованным лицам всей необходимой информации, в том числе об условиях привлечения денежных средств. В случае несоблюдения данного требования застройщик может быть привлечён к уголовной ответственности⁸. Данное

⁶ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9027/

⁷ «Информация» Банка России «Ответы на вопросы относительно проектного финансирования долевого строительства» // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_346054/

⁸ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 14.09.2018 N 02АП-6131/2018 по делу N A17-3753/2018 // СПС КонсультантПлюс URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=RAPS002&n=88940#018567636111860186>



требование значительно снижает риск обмана.

Обязательность эскроу-счетов неоднозначно повлияла на гражданский оборот: с одной стороны, дольщикам придаётся дополнительная уверенность, сделки становятся более надёжными. А с другой стороны, ситуация осложнилась для застройщиков, поскольку теперь они окончательно лишены возможности проводить строительство на приобретённые от дольщиков денежные средства. Поэтому застройщикам приходится, как правило, прибегать к поиску источников финансирования, кредитам, выплаты процентов по которым делают стоимость недвижимости ещё выше. Таким образом, дольщики доплачивают за надёжность оборота.

Дополнительную гарантированность придаёт тот факт, что депонированное имущество не может быть взыскано по другим обязательствам должника. А в случае, например, лишения банка, являвшегося эскроу-агентом, лицензии,

предоставляется возможность заключить договор с другим банком, обладающим лицензией. В данном случае выплата возмещения по счету эскроу для расчетов по договору участия в долевом строительстве производится Агентством по страхованию вкладов в течение 20 рабочих дней со дня представления вкладчиком в Агентство документов, предусмотренных статьей 9 Федерального закона от 23.12.2003 N 177-ФЗ (ред. от 20.07.2020) «О страховании вкладов в банках Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2020)⁹. Стоит отметить, что возмещение по счету эскроу для расчетов по договору участия в долевом строительстве выплачивается в размере 100 процентов суммы, находящейся на указанном счете эскроу на день наступления страхового случая, но не более 10 млн. рублей. Однако на практике можно столкнуться с ситуацией, при которой стоимость объекта по договору долевого участия превышает 10 млн. рублей, что приводит к тому,

⁹ Федеральный закон от 23.12.2003 N 177-ФЗ (ред. от 20.07.2020) «О страховании вкладов в банках Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2020) // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_45769/

что договор счета эскроу может также заключаться на сумму свыше указанной в законодательстве, что порождает проблему недостаточной застрахованности эскроу-счетов, а, как указывает А. Тимошин, превышение суммы возмещения, установленной Законом о страховании вкладов (10 млн. рублей), ведёт к неоправданному распределению рисков между сторонами (именно застройщик ближе к источнику риска – уполномоченному банку, выбирает данный банк) и препятствовало бы достижению целей перехода на счета эскроу¹⁰.

Несмотря на то, что некоторые специалисты не считают договор счёта эскроу способом обеспечения исполнения обязательств, по нашему мнению, он является неким гарантом безопасности договора и препятствует обману дольщиков¹¹.

Такое утверждение подтверждается и судебной практикой: дольщики обращаются в суд с просьбой открыть эскроу счет в качестве обеспечения мер выполнения обязательств, взятых на себя застройщиком¹².

Модель финансирования с использованием счета эскроу имеет определенные преимущества для застройщика, так как позволяет избежать необходимости предоставления обеспечения; проектное финансирование практически сводит к нулю риск появления обманутых дольщиков¹³.

Однако новые правовые институты вместе с предоставлением новых способов разрешения одних проблем приводят к возникновению других проблем, которые тоже требуют наиболее рационального и справедливого разрешения.

Проблемы, связанные с институтом договора счета эскроу, и зарубежный опыт

Перечислим те вопросы (проблемы), которые связаны с введением института эскроу-счёта в российский гражданский оборот.

Первой проблемой можно назвать отсутствие законодательного регулирования основных требований к порядку и срокам проверки банками документов, предъявляемых бенефициаром при возникновении оснований передачи ему денеж-

ных средств. В силу указанных обстоятельств существует риск возможности недобросовестного поведения эскроу-агентов, так как, согласно действующим нормам ГК РФ, проверку полученных от бенефициара документов можно провести быстрее, чем необходимо, и без того, чтобы останавливаться на заслуживающих внимания моментах, а значит, недостаточно тщательно, что может повлечь за собой риск невыяснения всех существенных

обстоятельств исполнения обязательства или исполнения обязательства ненадлежащим образом, а также возможность мошенничества¹⁴.

В качестве второй проблемы может рассматриваться тот факт, что согласно ч.4 статьи 15.5 Федерального закона от 30.12.2004 №214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» денежные средства вносятся на счет эскроу на срок условного депонирования денежных средств, который не может превышать более чем на 6 месяцев срок

МОДЕЛЬ ФИНАНСИРОВАНИЯ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ СЧЕТА ЭСКРОУ ИМЕЕТ ОПРЕДЕЛЕННЫЕ ПРЕИМУЩЕСТВА ДЛЯ ЗАСТРОЙЩИКА, ТАК КАК ПОЗВОЛЯЕТ ИЗБЕЖАТЬ НЕОБХОДИМОСТИ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ; ПРОЕКТНОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ ПРАКТИЧЕСКИ СВОДИТ К НУЛЮ РИСК ПОЯВЛЕНИЯ ОБМАНУТЫХ ДОЛЬЩИКОВ

¹⁰ Тимошин А. 99 проблем счетов эскроу при долевом строительстве (часть первая); // сайт zakon.ru URL: https://zakon.ru/blog/2019/05/27/99_problem_schetov_eshkrou_pri_dolevom_stroitelstve_chast_pervaya, (дата обр. 16.04.2021)

¹¹ Об этом же говорит Хамов А.Ю. в статье «Счет эскроу как способ защиты прав участников долевого строительства», «Юрист», 2019, № 4

¹² Решение Савеловского районного суда города Москвы от 20.11.2019 по делу N 2-5123/2019, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16.01.2018 N Ф05-18325/2017 по делу N A40-57093/17

¹³ Кубасова Т.И., Новикова Н.Г., Суходолов А.П. Перспективы и проблемы развития жилищного строительства в России в контексте последних изменений законодательства // Baikal Research journal. 2017. Т. 8. N 4. С. 23.

¹⁴ Проблемы применения счета эскроу: российская и зарубежная практика // электронный ресурс URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-primeneniya-schyota-eskrou-rossiyskaya-i-zarubezhnaya-praktika/viewer> (дата обр: 10.04.2021)

ввода в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, указанно-го в проектной декларации, однако на практике застройщики могут вносить изменения в проект-ную декларацию, в том числе в часть срока ввода в эксплуатацию, и не совсем понятно, что проис-ходит в ситуации, при которой на момент заклю-чения договора счета эскроу в проектной декла-рации был указан срок ввода в эксплуатацию, который в дальнейшем был скорректирован со стороны застройщика путем изменения проект-ной декларации.

Третьей проблемой является неопределён-ность в том, кто несёт ответственность за риск случайной гибели объекта договора эскроу при добросовестном исполнении сторонами своих обязательств по основному договору. Спорность данного вопроса заключается в том, что право-вой режим депонированного имущества является промежуточным: прошлый собственник переста-ёт таковым быть, эскроу-агент в ходе исполнения всего договора не является и не должен являться собственником, а возлагать ответственность на нового собственника (бенефициара) было бы не-справедливо. По общему правилу за риск случай-ной гибели отвечает собственник того или ино-го имущества, а в данном случае, как мы видим, определить собственника объекта договора не представляется возможным.

В разрешении четвёртой проблемы, возможно, стоит обратиться к зарубежной практике. В рос-сийском законодательстве нет ограничительных требований для лица, которое стороны хотят на-значить эскроу-агентом. Несмотря на то, что обе стороны участвуют в выборе третьего лица, они всё равно могут допустить ошибку и сделать вы-бор в пользу недобросовестного лица. В такой ситуации изначальная цель договора эскроу – придание надёжности, предоставление гарантий совершения сделки – будет проигнорирована, и стороны могут быть обмануты даже при условии заключения этого договора. В некоторых зару-

бежных юрисдикциях требуется лицензирование на участие в эскроу договорах¹⁵.

Так, лицензирование деятельности по откры-тию и ведению эскроу-счетов требуется законо-дательством государств общего права. В Вели-кобритании данный вопрос относится к ведению Управления по финансовому регулированию и надзору Великобритании. В США федеральное законодательство устанавливает общие принци-пы ведения такой деятельности банками – на-пример, в законе о расчётах в сделках с недви-жимым имуществом¹⁶. Кроме того, законодательство большинства штатов предусматривает необхо-димость получения различных видов лицензий для указанной цели¹⁷. Органом, контролирующим данный вопрос на федеральном уровне, являет-ся Бюро по финансовой защите потребителей¹⁸. Австралия, Канада и Европейский Союз также располагают соответствующим регулированием, детали которого, а именно требования, предъяв-ляемые к банкам, ведущим эскроу-счета, по ана-логии с США, содержатся в законодательных ак-тах отдельных штатов¹⁹. Целесообразным видится установление требований, которым должно со-ответствовать лицо, которое может быть эскроу-агентом. Частично этот вопрос регулируется По-становлением Правительства РФ от 18.06.2018 N 697 (ред. от 16.05.2019) «Об утверждении кри-териев (требований), которым в соответствии с Федеральным законом «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении измене-ний в некоторые законодательные акты Россий-ской Федерации» (далее – Постановление № 697) должны соответствовать уполномоченные банки и банки, которые имеют право на открытие счетов эскроу для расчетов по договорам участия в доле-вом строительстве», поскольку он устанавливает требования для банков, которые могут выступать в качестве эскроу-агентов. Так, согласно пункту 1 Постановления № 697 банк должен являться бан-ком с универсальной лицензией и участвовать в

¹⁵ Батин В.В. Договор условного депонирования (эскроу) и договор счета эскроу: соотношение обязательств и перспективы сосуществования, Юридическая наука, 2014, № 2, С.68. Электронный ресурс: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-uslovnogo-deponirovaniya-eskrou-i-dogovor-scheta-eskrou-sootnoshenie-obyazatelstv-i-perspektivy-sosuschestvovaniya/viewer>, дата обращения 16.06.2021

¹⁶ Consumer Financial Protection Bureau // URL: <https://www.consumerfinance.gov/rules-policy/regulations/1024> (дата обр. 16.06.2021)

¹⁷ Escrow.com // URL: <https://www.escrow.com/escrow-licenses> (дата обр. 16.06.2021) <https://www.stimmel-law.com/en/articles/basics-law-and-practice-escrow>, дата обраще-ния 16.06.2021

¹⁸ Consumer Financial Protection Bureau // URL: <https://www.consumerfinance.gov> (дата обр. 16.06.2021)

¹⁹ Escrow account & Record Keeping Requirements // URL <https://fliphtml5.com/fpkv/gjhr/basic> (дата обр.16.06.2021)

системе обязательного страхования вкладов в банках Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом «О страховании вкладов в банках Российской Федерации»²⁰.

Кроме того, указанным постановлением для банков, оказывающих услуги по открытию эскроу-счетов для целей обеспечения платежей договоров долевого участия в строительстве, предусмотрены требования к вхождению в единый институт развития в жилищной сфере, определенные Федеральным законом «О содействии развитию и повышению эффективности управления в жилищной сфере и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Согласно статье 3 указанного закона организациями единого института развития в жилищной сфере являются некоммерческие организации, которые созданы единым институтом развития в жилищной сфере либо в отношении которых единый институт развития в жилищной сфере осуществляет функции по управлению ими в соответствии с настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, а также дочерние хозяйственные общества единого института развития в жилищной сфере, включая хозяйственное общество, являющееся кредитной организацией – уполномоченным банком в сфере жилищного строительства²¹.

Также в Постановлении № 697 к банкам, оказывающим услуги по открытию эскроу-счетов, предъявляются требования, касающиеся их экономической стабильности (надёжности): наличие у банка кредитного рейтинга не ниже уровня «BBB-(RU)» по национальной рейтинговой шкале

для Российской Федерации, присвоенного кредитным рейтинговым агентством «Аналитическое Кредитное Рейтинговое Агентство»²².

Полагаем, что в данном случае необходимость соблюдения этих требований является гарантией защиты публичных интересов потребителей (дольщиков) со стороны государственной власти, которая заменяет собой практику зарубежных государств по специальному лицензированию деятельности, связанной с открытием эскроу-счетов.

Помимо всего прочего, стоит отметить, что рынок сейчас снова находится на начальном этапе работы, когда ни застройщики, ни банки еще не имеют опыта во взаимодействии с эскроу-счетами, российские банки лишь учатся в данном на-

правлении. Именно с этой целью банк ДОМ.РФ, финансовый институт, созданный в 1997 году на основании постановления Правительства РФ под названием «Агентство ипотечного жилищного кредитования» в целях содействия проведению жилищной политики²³, занимается подготовкой кадров для работы с эскроу-счетами²⁴. Стоит отметить, что банк ДОМ.РФ является уполномоченным

банком в сфере жилищного строительства по поручению Президента В.В. Путина, которое он дал на Госсовете в мае 2016 года, а Российская Федерация – его единственный акционер.

Таким образом, очевидно, что указанный финансовый институт реализует государственную политику по обеспечению жильём граждан РФ. В результате исследования можно прийти к следующим выводам:

1. Поскольку в статье исследована главным образом правовая природа института договора счета эскроу, в том числе гарантии, предоставляемые со стороны государ-

**ПРОБЛЕМОЙ ЯВЛЯЕТСЯ
НЕОПРЕДЕЛЁННОСТЬ
В ТОМ, КТО НЕСЁТ
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ
ЗА РИСК СЛУЧАЙНОЙ ГИБЕЛИ
ОБЪЕКТА ДОГОВОРА ЭСКРОУ
ПРИ ДОБРОСОВЕСТНОМ
ИСПОЛНЕНИИ СТОРОНАМИ
СВОИХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ
ПО ОСНОВНОМУ ДОГОВОРУ**

²⁰ Постановления Правительства РФ от 18.06.2018 N 697 // ЭПС «Система ГАРАНТ» URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71878412/>

²¹ Федеральный закон от 13.07.2015 N 225-ФЗ «О содействии развитию и повышению эффективности управления в жилищной сфере и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_182607/

²² Постановления Правительства РФ от 18.06.2018 N 697 // ЭПС «Система ГАРАНТ» URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71878412/>

²³ Постановление Правительства РФ от 26.08.1996 № 1010 «Об агентстве по ипотечному жилищному кредитованию» // СПС КонсультантПлюс URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_99723/

²⁴ ДОМ.РФ подготовит кадры для работы с эскроу // Комсомольская Правда URL: <https://www.kp.ru/daily/27018/4080949/> (дата обр. 18.04.2021).

ства в вопросе регулирования данного института, очевидно, что, действуя через создаваемые государством финансовые организации, Правительство обеспечивает реализацию выработанной жилищной политики, в том числе и в вопросе налаживания функционирования расчётных операций через эскроу-счета. Тем самым приходим к выводу, что эскроу-счета – банковский инструмент, с помощью которого реализуется задача по обеспечению граждан жильем таким образом, чтобы интересы дольщиков и застройщиков были защищены и сбалансированы.

2. В то же время проведенный анализ позволяет заключить, что юридическая конструкция договора счета эскроу является достаточно надёжным способом обеспе-

чения исполнения обязательств, особенно применительно к договорам долевого участия в строительстве.

3. Стоит отметить экономико-правовую проблему, заключающуюся в ограниченности возмещения денежных средств в случае лишения лицензии банка, ведущего эскроу-счета. Указанную проблему возможно решить путем внесения изменений в законодательство:

I. Повышение суммы возмещения денежных средств.

II. Отмена ограничения денежной суммы, подлежащей возврату в случае наступления вышеуказанных обстоятельств.

Однако это требует более детального, в том числе сравнительного исследования в данной области.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/10164072/>
2. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 27.12.2019, с изм. от 28.04.2020) // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/10164072/>
3. Федеральный закон от 30.12.2004 N 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/12138267/>
4. Федеральный закон «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 26.07.2017 N 212-ФЗ (последняя редакция) // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/71730254/>
5. Федеральный закон от 27.06.2019 N 151-ФЗ (ред. от 13.07.2020) «О внесении изменений в Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // ЭПС Гарант URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/72180940/>
6. Федеральный закон от 23.12.2003 N 177-ФЗ (ред. от 20.07.2020) «О страховании вкладов в банках

Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.10.2020) // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/12133717/>

7. <Информация> Банка России «Ответы на вопросы относительно проектного финансирования долевого строительства» // ЭПС Гарант URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/73559692/>
8. Письмо Федеральной нотариальной палаты от 20 июня 2018 г. N 3041/03-16-3 «О договоре условного депонирования (эскроу) и договоре публичного депозитного счета» // ЭПС «Система ГАРАНТ» URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71875714/>

Судебная практика:

9. Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 14.09.2018 N 02АП-6131/2018 по делу N А17-3753/2018 // ЭПС Гарант URL: <https://base.garant.ru/62733663>

Научные источники:

10. Арутюнова М.Г. Договор условного депонирования (эскроу) и договор счета эскроу // Юридические науки. Государство и право. – 2016. – N 2. – С. 238–239.
11. Батин В. В. Договор условного депонирования (эскроу) и договор счета эскроу: соотношение обязательств и перспективы сосуществования // Юридическая наука. 2014. N 2. С. 67–69.
12. Богданов Д. Е. Богданова С. Г. Правовая природа договора условного депонирования (эскроу) / Д. Е. Богданов, С. Г. Богданова // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). – 2018. – N 10. – С. 66.

13. Васюков С.А. Договор эскроу как новая веха в развитии гражданского законодательства // Актуальные проблемы современной науки: взгляд молодых сборник трудов V Всероссийской научно-практической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых. – 2016. – С. 14-16.
14. Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 40.
15. Гонгало Б.М. Крашенинников П.В. Условное депонирование (эскроу) // Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинников // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. – М. : Статут, 2018. – С. 151-167.
16. Кархалев Д.Н. Договор счета эскроу в гражданском праве // Нотариус. 2021. N 3. С. 11 – 14.17. Матьянова (Губенко) Е.С. Счет эскроу и номинальный счет как элементы конструкции условного депонирования (эскроу) // Финансовое право. 2019. N 5. С. 27 – 32.
17. Пуряев А. В. Номинальный счет (счет эскроу) как способ обеспечения исполнения обязательств // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. 2010. № 72. С. 124–129.
- Электронные ресурсы:**
18. Багандова Л.К. Проблемы применения счета эскроу: российская и зарубежная практика // электронный ресурс URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemny-primeneniya-schyota-eskrou-rossiyskaya-i-zarubezhnaya-praktika/viewer> (дата обр. 10.04.2021).
19. Тимошин А. 99 проблем счетов эскроу при долевом строительстве (часть первая); // сайт zakon.ru URL: https://zakon.ru/blog/2019/05/27/99_problem_schetov_eskrou_pri_dolevom_stroitelstve_chast_pervaya (дата обр. 16.04.2021).
20. ДОМ.РФ подготовит кадры для работы с эскроу // Комсомольская Правда URL: <https://www.kp.ru/daily/27018/4080949/> (дата обр. 18.04.2021).
21. Consumer Financial Protection Bureau // URL: <https://www.consumerfinance.gov/rules-policy/regulations/1024> (дата обр. 16.06.2021).
22. Escrow account & Record Keeping Requirements // URL <https://fliphtml5.com/fpkv/gihr/basic> (дата обр. 16.06.2021)
23. Escrow.com // URL: <https://www.escrow.com/escrow-licenses> (дата обр. 16.06.2021).
24. Law Offices of Stimmel, Stimmel & Roeser // <https://www.stimmel-law.com/en/articles/basics-law-and-practice-escrow> (дата обр. 16.06.2021).



УДК 347.51



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

СУБСИДИАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЧЛЕНОВ СЕМЬИ ПРИ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВЕ): К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКЕ В СФЕРЕ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

SECONDARY LIABILITY OF FAMILY MEMBERS IN INSOLVENCY (BANKRUPTCY): TO THE NOTION OF LEGAL POLICY IN THE SPHERE OF FAMILY LAW

АННОТАЦИЯ: В рамках данной статьи автор рассматривает особенности дела, связанного с привлечением к субсидиарной ответственности при банкротстве членов семьи, в том числе детей контролирующих лиц. Обращается внимание на восприятие данного дела в рамках общей направленности правовой политики государства в области семейного права. По мере рассмотрения данного казуса автор заключает, что семья в практике Верховного Суда РФ начинает восприниматься как единый хозяйственный субъект, что представляется заимствованием положений теории экономического анализа права. Кроме того, поддерживается позиция о необходимости должного использования существующих правовых средств для защиты прав кредиторов, а также реформирования семейного законодательства по пути усиления института семьи.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *банкротство, семейное право, семья, субсидиарная ответственность, контролирующее лицо, правовая политика, реформирование семейного законодательства.*

ANNOTATION: Within the framework of this article the author examines the specifics of the case related to bringing family members, including children of shadow directors, to secondary liability in bankruptcy. Perception of this case within the general direction of the state's legal policy in the sphere of family law is also discussed. While considering this case, the author concludes that the family in the practice of the Supreme Court of the Russian Federation begins to be perceived as a single economic entity, which seems to be borrowing the provisions of the theory of economic analysis of law. In addition, the position is supported on the need for the proper use of existing legal means to protect the rights of creditors, as well as the reform of family legislation to strengthen the institution of the family.

KEYWORDS: *bankruptcy, family law, family, secondary liability, shadow director, legal policy, reform of family legislation.*

П практика Верховного Суда РФ (далее – ВС РФ) по делам о привлечении контролирующих должника лиц (далее – КДЛ) к субсидиарной ответственности породила множество интересных казусов, касающихся соучастия в доведении должника до банкротства. Примечательно в этом смысле определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ в части возможности соучастия членов семьи, а именно супругов и их детей, в доведении компании до банкротства. Весьма подробное описание фабулы дела дается в комментариях юристов¹, где активно критикуется правовая позиция ВС РФ в части возможности привлечения членов семьи руководителя несостоятельного должника к субсидиарной ответственности.

Данная позиция обосновывается в связи с участием детей «в качестве инструмента для сокрытия принадлежащего родителям имущества

¹ В рамках данных комментариев к одному определению Верховного Суда РФ выражены два разных подхода, первый из которых (Ю.В. Тай, С.Л. Будылин) критикует активное применение субсидиарной ответственности в банкротстве, а другой (Р.К. Лотфуллин) рассматривает данный казус как объективную сложность при привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности, а также возможности оспаривания фаворитных сделок (Подробнее об этом см.: Тай Ю.В., Будылин С.Л. Сын за отца отвечает. Субсидиарная ответственность членов семьи директора в банкротстве компании // Вестник экономического правосудия. 2020. № 6. С. 8-14; Лотфуллин Р.К. Гражданско-правовая ответственность за умышленные действия, направленные на создание невозможности получения кредиторами должника исполнения за счет имущества контролирующих его лиц // Вестник экономического правосудия. 2020. № 6. С. 23-29).

от обращения на него взыскания по требованиям кредиторов»². Действительно, данная ситуация и ее разрешение ВС РФ являются небесспорными с точки зрения используемого правового инструментария для достижения целей конкурсных кредиторов, о чем недвусмысленно говорят авторы³.

Еще более интересным представляется подход ВС РФ, который красной нитью прослеживается в тексте всего судебного акта: фактически была воспринята одна из концепций теории экономического анализа права – теория семьи как домохозяйства (единого хозяйственного субъекта). В рамках рассмотрения данного института проф. Р.А. Познер указывает, *inter alia*, что «семья по многим параметрам похожа на деловое партнерство; вступление в брак и создание семьи направлено на сокращение трансакционных издержек в сфере производства благ для семьи и общества»⁴.

Проф. Р.А. Познер обращает особое внимание на то, что «"производство детей" является источником других услуг для родителей, которые в рамках экономики могут быть разнообразными»⁵. Таким образом, экономическая теория права подходит к пониманию семьи как способа оптимизации потенциальных трансакционных издержек одного из родителей. Такая оптимизация осуществляется посредством использования детей, которые смогут оказать своим родителям «определенную услугу». Аналогичная ситуация на-

личествовала и в данном казусе: в традиционном понимании common law семья с момента заключения брака становится единым субъектом⁶, который действует как единое целое, что напоминает функционирование юридического лица.

Применительно к российской правовой системе семья не является полноправным субъектом права как в сфере семейного законодательства, так и

в иных областях законодательства. Семья не является полностью легализованным участником торгового оборота, поскольку законодатель стремится (на данном этапе – в области семейного законодательства) обеспечить полноценную легализацию данного института. Полноценная легализация института семьи позволит использовать существующие правовые средства без ущерба существующим правовым институтам, что имело место в рассматриваемом деле⁷.

Законодательство о банкротстве не рассматривает семью в качестве единого субъекта хозяйствования, на чем настаивает теория эконо-

мического анализа права, поскольку иной подход при действующем регулировании оказался бы губительным для других правовых институтов. По верному замечанию С.В. Третьякова, «право является экзогенным ограничителем поведения рыночных агентов, наряду с которыми существуют и другие»⁸, что должно исключать возможность зло-

**ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ
ПРАВА ПОДХОДИТ
К ПОНИМАНИЮ СЕМЬИ КАК
СПОСОБА ОПТИМИЗАЦИИ
ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ
ТРАНСАКЦИОННЫХ
ИЗДЕРЖЕК ОДНОГО
ИЗ РОДИТЕЛЕЙ. ТАКАЯ
ОПТИМИЗАЦИЯ
ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ
ПОСРЕДСТВОМ
ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДЕТЕЙ,
КОТОРЫЕ СМОГУТ ОКАЗАТЬ
СВОИМ РОДИТЕЛЯМ
«ОПРЕДЕЛЕННУЮ УСЛУГУ»**

² Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019 № 305-ЭС19-13326 по делу № А40-131425/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Тай Ю.В., Будылин С.Л. Указ. соч. С. 20-22.

⁴ Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer, 1986. P.128-130.

⁵ Posner R.A. *Op. cit.* P.128-130.

⁶ «By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated into that of the husband. Upon this principle, of an union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquire by the marriage» (Blackstone W. *Commentaries on the laws of England*. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765. P. 430).

⁷ Применительно к рассмотрению легализации семьи как субъекта права следует заметить, что семья и ее члены следует рассматривать как целое и частное т.н. юридической общности, которая, по воззрениям О. фон Гирке, «может проявляться и в соединенном праве множественности субъектов, а не исчерпывается лишь юридическим единством» (См. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому

праву. М.: Статут, 2000. С. 103). В нашем же случае необходим сбалансированный законодательный подход, связанный с легализацией семьи не как юридического лица, но как юридического сообщества, которое существует в силу активности членов семьи, по аналогии с крестьянским (фермерским) хозяйством, которое юридическим лицом не является. При взаимодействии с государством семья должна рассматриваться в качестве отдельной единицы для целей упрощения такого взаимодействия, связанного с налоговым администрированием либо получением государственной поддержки. В рамках осуществления предпринимательской деятельности семья должна функционировать по аналогии с такими юридическими общностями, как собрание кредиторов, сонаследники, сособственники и иные юридические общности, участвующие в гражданском обороте, что упростит взаимодействие с контрагентами, а также обеспечит согласование интересов в рамках семьи как хозяйствующего субъекта.

⁸ Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // *Liberum Amicorum* в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право: сб. ст. и эссе / сост. и науч. Редакторы: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 227.

употребления правовым положением отдельных лиц. Именно поэтому, несмотря на возможность использования детей в качестве способа по сокрытию имущества в рамках доведения должника до банкротства⁹, следует исходить из действующего инструментария защиты прав кредиторов. Использование зарубежных концепций в рамках российской правовой системы без соответствующей проработки и адаптации к отечественным реалиям угрожает действующим правовым институтам, подменяя их хоть и оригинальными, но опасными для действующего правопорядка концепциями¹⁰.

Примечательной представляется позиция, использованная ВС РФ для оправдания ранее применимого подхода. При привлечении к субсидиарной ответственности лиц, напрямую не участвовавших в деятельности несостоятельного должника, необходимо исходить из единой цели требований кредиторов. Такой целью является цель возмещения убытков, причиненных вследствие неправомерной деятельности ответчиков, связанной с предварительным выведением имущества должника из-под требований конкурсных кредиторов в пользу третьих лиц (супруга/супруги, детей)¹¹. Кроме того, указывается, что правовые выводы направлены не только на защиту интересов кредиторов, но и на формирование правовых подходов по вопросу оснований и порядка привлечения третьих лиц к ответственности, не исключающих оспаривания сделок¹².

Таким образом, из определения ВС РФ вытекают следующие положения. Во-первых, судебная практика по делам о банкротстве расширяет имущественную ответственность членов семьи, допуская привлечение к ней лиц, находящихся в правовой имущественной связи с делинквентом (дети и су-

пруг/супруга). Во-вторых, семья начинает рассматриваться в качестве объединения лиц — хозяйствующего субъекта, члены которого несут общую имущественную ответственность в связи с наличием интересов как материального, так и нематериального характера.

Следует рассмотреть вопросы действия данной правовой позиции в связи с правовым режимом собственности супругов. Применительно к обращению взыскания по общим обязательствам супругов, в том числе проистекающим из решения суда об их солидарном привлечении к субсидиарной ответственности, требования кредиторов удовлетворяются за счет общего имущества супругов¹³. Поэтому в случае наличия имущественной связи *ipso iure* обращение взыскания на общее имущество супругов при правовом режиме единства их собственности не представляется сколько-нибудь проблемным вопросом.

Вопрос привлечения к ответственности детей родителей, осуществляющих предпринимательскую деятельность и принимающих участие в деятельности несостоятельного должника, представляется нам наиболее спорным. На основании существующей договорной связи между родителями и детьми ВС РФ пришел к позиции об участии детей в выводе спорного актива, вследствие чего они должны быть привлечены к субсидиарной ответственности. Данный подход критиковался в вышеупомянутой научной литературе именно с позиций правоприменения, ошибок суда в применении материального и процессуального права¹⁴.

Однако нигде должным образом не было осмыслено политико-правовое значение данного дела для сферы отечественного семейного права,

⁹ Несмотря на то, что Ю.В. Тай и С.Л. Будылин указывают, что в таких обстоятельствах следует либо применять ординарные механизмы взыскания имущества и пополнения конкурсной массы (конкурсное и внеконкурсное оспаривание, инициирование процедуры банкротства директора как физического лица и т.п. [Подробнее об этом см. Ю.В. Тай, С.Л. Будылин. Указ. соч. С. 20–21]), такая возможность представляется нам весьма сомнительной и практически нереализуемой, поскольку (1) доказывание в таких делах будет затруднено в связи с отсутствием достаточных доказательств, а также (2) применение таких процедур будет весьма продолжительным по времени, что приведет к повышению издержек для конкурсных кредиторов.

¹⁰ Вопрос заимствования зарубежных концепций в отечественном правопорядке является одним из наиболее актуальных и сложных в условиях непрекращающегося реформирования законодательства. Следует учитывать, что актуальное реформирование отечественного законодательства по лекалам англо-саксонской правовой системы привело к появлению в РФ таких правовых институтов, как траст (доверительная собственность, легализованная в связи с принятием противоречивого Указа Президента РФ от 24.12.1993 г. № 2296 «О доверительной собственности (трасте)»), хозяйственные партнерства, которые подвергались активной доктринальной критике (в частности, проф. Е.А. Суханов указывал, что «специалисты» выдергивают из американской правовой системы для переноса на отечественную почву представляющиеся им наиболее успеш-

ные законодательные решения, институты и категории, обычно пренебрегая не только особенностями их юридического содержания и культурно-историческими корнями, но и современной систематикой» [См. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 5]). Еще американский правовед О. Холмс указывал, что «у права нет логики: у права есть только история» («The life of the law has not been logic: it has been experience» [Holmes O.W. The Common Law. Boston, 1881. P. 1]), как бы указывая, что для обеспечения эффективности функционирования правовой системы необходимо обращение к историческому опыту развития конкретной правовой системы, к вековым правовым институтам, доказавшим свою эффективность. В этой связи необходима тщательная проработка вопросов рецепции зарубежных правовых институтов в отечественное законодательство, системность и целостность которого может быть нарушена слепым копированием зарубежных аналогов.

¹¹ Определение Верховного Суда РФ от 08.05.2020 г. № 73-ПЭК20 по делу № А40-131425/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Ibid.

¹³ А. 1 ч. 2 ст. 45 Семейного кодекса Российской Федерации Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹⁴ Тай Ю.В., Будылин С.Л. Указ. соч. С. 4–22; Лотфуллин Р.К. Указ. соч. С. 23–24.



что представляется нам неправильным. Именно на примере данного дела прослеживается соотношение публичного и частного интереса в сфере регулирования семейных правоотношений. Рассматривая теоретическую конструкцию правовой политики, следует заметить, что не существует определенности в понимании правовой политики, или политики права, как верно замечал проф. Г.Ф. Шершеневич¹⁵.

Классики российского правоведения, напр., Г.Ф. Шершеневич, рассматривали под политикой права «объединенные общей идеей меры достижения социальных целей, которые являются не наукой, а искусством, не чистой наукой, а прикладной, в основе которой лежат догматика, история, социология, психология»¹⁶. Проф. В.С. Нерсисянц замечал, что под правовой политикой следует понимать «развитие междисциплинарных связей юриспруденции с другими науками, творческий процесс совершенствования и углубления специфического юриди-

ческого познания с учетом познавательного опыта и достижений других наук»¹⁷. Проф. С.С. Алексеев рассматривал политику права как «направленность на защиту конкретного субъекта при реализации интереса, закрепленного в тексте закона»¹⁸. В этой связи под политикой права необходимо понимать тенденции реформирования определенной области законодательства с целью достижения определенных результатов такой политики на практике.

В рамках реализации правовой политики в сфере семейного права возникает множество проблем, связанных с кризисом института семьи как такового. Проф. Л.Ю. Михеева замечала, что «причиной кризиса науки семейного права, а следовательно, и семейного права как такового стало отсутствие ясного представления о том, на какие социально-экономические отношения ляжет новый Семейный кодекс»¹⁹. В целом, нельзя говорить о кризисе семейного законодательства как такового, поскольку кризисные явления достаточно давно проникают в

¹⁵ «В настоящее время положения правовой политики создаются каждой наукой порознь, в полном неведении того, что творится у соседки, а потому не вытекают из общего плана, не объединены общей идеей» (См. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4 включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. С. 22).

¹⁶ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 695.

¹⁷ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М.: Норма, 2021. С. 21-26.

¹⁸ Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций. М.: Статут, 2010. С. 582-607; Он же. Основы правовой политики в России: Курс лекций; Рос. шк. частного права. Екатеринбург; М.: ДеЮре, 1995. 124 с.

¹⁹ Михеева Л.Ю. Концепции развития семейного законодательства у нас в стране нет. Интервью // Закон. 2017. № 2.

сам институт семьи, на что также обращали внимание некоторые авторы²⁰.

Оригинально к решению этой проблемы подошел проф. О.С. Иоффе, который предложил легализовать категорию «бойфрендов» и «герлфрендов», чтобы обеспечить интересы сторон, вступающих в фактические отношения, которые браком в формальном смысле не являются²¹. По мнению проф. О.С. Иоффе, они представляют собой предбрачные отношения, «предотвращающие фактический разврат, обволакивающий формально существующий брак, закрывающий путь к полигамии вследствие ее фактической ненадобности»²².

Такой подход *prima facie* может напомнить подход советского законодателя, который в рамках ст. 3 Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г. (далее – КЗоБСО 1926) уполномочил лиц, состоящих в фактических отношениях (в фактическом браке), на их последующую государственную регистрацию²³. Проф. П.Л. Полянский, описывая разработку КЗоБСО 1926, указывал, что «при подготовке проекта авторы внесли специальную статью с указанием трех признаков, при совокупности которых суд был вправе признать фактические брачные отношения в качестве юридических»²⁴.

В этой связи народный комиссар юстиции СССР Д.И. Курский стал предметом насмешек и анекдотов со стороны общественности²⁵. Таким образом, государство посредством реформирования семейного законодательства должно, с одной стороны, следовать тенденциям развития социальных отношений, а с другой стороны, предпринимать попытки укрепления института семьи за счет проведения должной правовой политики.

Основные положения такой правовой политики должны быть направлены на создание льготных условий для семей, их рассмотрение как хозяйственного субъекта и дальнейшее реформирование законодательства на этой основе. В ином случае у

субъектов права не будет стимулов к вступлению в брак. В качестве первого шага на пути к созданию благоприятного правового регулирования семейных правоотношений следует рассматривать внесение в Государственную Думу РФ законопроекта, предусматривающего общность обязательств супругов при обращении взыскания кредиторов на совместно нажитое имущество²⁶. Данная мера обеспечит функционирование семьи как единицы рыночной экономики, партнерства, а не как формального объединения родителей и детей.

В дальнейшем реформирование семейного законодательства должно проводиться на основе режима благоприятствования вступлению лиц в брак как во взаимовыгодный – как для самих брачующихся, так и для государства – союз, а не как алеаторную сделку, которой представляется брак в наши дни. На данный же момент законодатель не предлагает практически применимых форм существования семьи как хозяйственного субъекта. Единственным проявлением реализации данной теории является такая форма объединения лиц, как крестьянское (фермерское) хозяйство, существование которого обусловлено ведением совместной деятельности в области сельского хозяйства²⁷. Несмотря на все льготы, предусмотренные законодательством для такого объединения, его распространенность в современных реалиях не будет повсеместной в связи с изменениями структуры общества и экономики последнего столетия.

Не представляется благоприятным и правоприменение, связанное с правовым регулированием вопросов имущественной ответственности супругов. Проф. Л.Ю. Михеева отмечала, что «легализация и активное применение положений о семейном банкротстве, заложенных в самом Семейном кодексе 1996 г., должно упростить жизнь кредиторам, а также избавить неплатежеспособных супругов от такой семейной проблемы, как общий долг»²⁸. Однако актуальное правоприменение²⁹ демонстриру-

²⁰ Иоффе О.С. Институт бойфрендов и герлфрендов // Избранные труды: В 4 т. Т. 4. СПб.: Юридический центр – Пресс, 2010. С. 454–459; Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 6–20.

²¹ Иоффе О.С. Указ. соч. С. 454–459.

²² Иоффе О.С. Указ. соч. С. 454–459.

²³ История отечественного государства и права: учеб. пособие для семинарских занятий / под ред. Т.Е. Новицкой. Ч. 2. М.: Норма: Инфра-М, 2017. С. 459–460.

²⁴ Полянский П.Л. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г. История и характеристика. Текст. Постатейные материалы: монография. М. Норма: ИНФРА-М, 2020. С. 30–32.

²⁵ Полянский П.Л. Указ. соч. С. 32.

²⁶ Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части имущественных отношений супругов)» № 835938-7 // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/835938-7>

²⁷ Положения законодательства о крестьянских (фермерских) хозяйствах: ст. 86.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; см. ст. 1–2 Федерального закона от 11.06.2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2249.

²⁸ Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 6–20.

²⁹ Определение Верховного Суда РФ от 05.05.2017 г. № 307-ЭС17-4301 по делу № А56-91219/2016 // СПС «КонсультантПлюс»; Решение Арбитражного суда Пермского края от 19.12.2016 г. по делу № А50-19304/2016 // СПС «КонсультантПлюс»; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.02.2017 № 17АП-680/2017-ГК // СПС «КонсультантПлюс».

ет нам пренебрежительное отношение государства к институту семьи, чья имущественная состоятельность становится менее значимой, чем взыскание обязательных платежей в пользу государства³⁰. Указанная выше практика в основном направлена на создание формальных препятствий для единого банкротства супругов, что нельзя рассматривать в качестве благоприятного для существования семьи как хозяйственного субъекта обстоятельства.

Для сохранения института семьи и стимулирования лиц к вступлению в законный брак необходимо установление налоговых и иных льгот. Такие льготы должны быть связаны с функционированием семьи, с одной стороны, как социального института, направленного на воспроизводство и воспитание будущих поколений. С другой же стороны, семья должна рассматриваться в качестве единого хозяйственного субъекта деятельности, члены которого могут потенциально вести успешную предпринимательскую деятельность, таким образом становясь надежными налогоплательщиками.

Даже индифферентная к личным отношениям теория экономического анализа права³¹ признавала за семьей значимость института, направленного на (1) оптимизацию трансакционных издержек и (2) смягчение действия экстерналий³². В ином случае нивелирование института семьи приведет к кризисным явлениям в структуре общества и государства, связанным с аномией государственного, общественного и личного сознания.

В этой связи необходимо обозначить следующие выводы, формулирование которых позволит (1) отразить правовой взгляд на ситуацию, связанную с привлечением членов семьи к субсидиарной

ответственности и (2) проследить взаимосвязь данного дела как единичного явления с существующими тенденциями в области российского семейного права.

1. Возможность привлечения членов семьи к субсидиарной ответственности в рамках процедуры несостоятельности (банкротства) предопределяется наличием между членами семьи правовой (договорной или законной) имущественной связи. Именно посредством такой связи возможно дальнейшее установление субъектного состава лиц, виновных в обесценивании обязательствен-

ных требований кредиторов к должнику в связи с отсутствием имущества для удовлетворения таких требований.

Складывающаяся в связи с рассматриваемым делом тенденция представляется нам чрезмерно репрессивной, поскольку она незаслуженно нивелирует интересы семьи. Более того, существовала, по мнению некоторых юристов, заметная пристрастность судебной коллегии, связанная с субъектным составом такого спора: заявителем по данному спору была Федеральная налоговая служба, вследствие

чего дело остается небесспорным.

2. В рамках индуцирования положений данного дела в общую канву регулирования и функционирования семейного права в современной России следует отметить, что на примере конкретного дела прослеживается пренебрежительная правовая политика государства по отношению к институту семьи.

Очевидно, что вне семьи в материальном смысле (как системы устойчивых имущественных и неимущественных взаимоотношений между лицами) невозможно развитие иных институтов государ-

**ИМЕННО НА МОДЕЛИ СЕМЬИ
МЫСЛИЛОСЬ ПОСТРОЕНИЕ
ВСЯКОГО ГОСУДАРСТВА,
СЕМЬЯ В ТЕЧЕНИЕ
ДЛИТЕЛЬНОГО ВРЕМЕНИ
ЯВЛЯЛАСЬ СУБЪЕКТОМ
ПРАВА, ХОЗЯЙСТВЕННЫМ
СУБЪЕКТОМ
ПРИ ПОСТРОЕНИИ
ВЗАИМООТНОШЕНИЙ
С ГОСУДАРСТВОМ
И КОНТРАГЕНТАМИ**

³⁰ Краткосрочное удовлетворение имущественных требований государства к должникам пойдет на пользу государственному бюджету страны, однако в долгосрочной перспективе такой подход, сформированный в судебной практике, приведет к фактической невозможности ведения предпринимательской деятельности членами семьи, которые, как и большинство хозяйственных обществ, опасаются применения к ним субсидиарной ответственности в случае банкротства. Преобладание публичного интереса над частным в данном случае должно быть скорректировано в пользу частного интереса, поскольку в долгосрочной перспективе институт семьи способен дать государству и

обществу гораздо больше выгод, чем сиюминутное удовлетворение имущественных требований Федеральной налоговой службы.

³¹ Posner R.A. Op. cit. P. 127-130.

³² Во многом именно семья способствует смягчению т.н. внешних эффектов, оказывающих влияние на стабильность и рентабельность рыночных отношений, поскольку у ее членов существует своеобразная «подушка безопасности», которая будет способна смягчить последствия экономического кризиса, потери работы и иных негативных рыночных явлений.

ства и общества, их дальнейшего существования. Именно на модели семьи мыслилось построение всякого государства, семья в течение длительного времени являлась субъектом права, хозяйственным субъектом при построении взаимоотношений с государством и контрагентами. Важной является т.н. материально-экономическая функция семьи, связанная с передачей профессии. В рамках семьи осуществляется передача имущественных акти-

вов, что, с одной стороны, упрощает распределение активов в рамках семьи, а с другой стороны, способствует наиболее эффективному экономическому использованию данного актива. Поэтому государству следует проводить более последовательную правовую политику в области семейного права, направленную на укрепление этого основополагающего для системы общественных и правовых отношений института.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Тай Ю.В., Будылин С.Л. Сын за отца отвечает. Субсидиарная ответственность членов семьи директора в банкротстве компании // Вестник экономического правосудия. 2020. № 6. С. 4-22.
2. Лотфуллин Р.К. Гражданско-правовая ответственность за умышленные действия, направленные на создание невозможности получения кредиторами должника исполнения за счет имущества контролирующих его лиц // Вестник экономического правосудия. 2020. № 6. С. 23-34.
3. Posner R.A. Economic Analysis of Law. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer, 1986. 712 p.
4. Blackstone W. Commentaries on the laws of England. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765. 512 p.
5. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М.: Статут, 2000. 299 с.
6. Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // Liberum Amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право: сб. ст. и эссе / сост. и науч. Редакторы: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 222-252.
7. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.
8. Holmes O.W. The Common Law. Boston, 1881. 422 p.
9. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4 включая Общую теорию права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2016. 752 с.
10. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М.: Норма, 2021. 560 с.
11. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций. М.: Статут, 2010. С. 582-607.
12. Алексеев С.С. Основы правовой политики в России: Курс лекций; Рос. шк. частного права. Екатеринбург; М.: ДеЮре, 1995. 124 с.
13. Михеева Л.Ю. Концепции развития семейного законодательства у нас в стране нет. Интервью // Закон. 2017. № 2. С. 6-20.
14. Иоффе О.С. Институт бойфрендов и герлфрендов // Избранные труды: В 4 т. Т. 4. СПб.: Юридический центр – Пресс, 2010. С. 454-459.

15. История отечественного государства и права: учеб. пособие для семинарских занятий / под ред. Т.Е. Новицкой. Ч. 2. М.: Норма: Инфра-М, 2017. 736 с.
16. Полянский П.Л. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР 1926 г. История и характеристика. Текст. Постатейные материалы: монография. М. Норма: ИНФРА-М, 2020. 240 с.

Нормативно-правовые акты:

17. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
18. Федеральный закон от 11.06.2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2249.
19. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.
20. Указ Президент РФ от 24.12.1993 № 2296 «О доверительной собственности (трасте)» // Собрание актов Президента и Правительства РФ». 1994. № 1. Ст. 6.

Судебная практика:

21. Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019 № 305-ЭС19-13326 по делу № А40-131425/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
22. Определение Верховного Суда РФ от 08.05.2020 г. № 73-ПЭК20 по делу № А40-131425/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
23. Определение Верховного Суда РФ от 05.05.2017 г. № 307-ЭС17-4301 по делу № А56-91219/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
24. Решение Арбитражного суда Пермского края от 19.12.2016 г. по делу № А50-19304/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
25. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.02.2017 № 17АП-680/2017-ГК // СПС «КонсультантПлюс».

Электронные ресурсы

26. Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части имущественных отношений супругов)» № 835938-7 // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/835938-7>.



УДК 347.772



Киктенко Константин Геннадьевич
(konstantin_kiktenko@mail.ru)
магистрант 1 курса РШЧП

Konstantin Kiktenko
1st year student of master
program of RSPL

НЕПРАВОВЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ В ТОВАРНЫХ ЗНАКАХ И КОММЕРЧЕСКИХ НАИМЕНОВАНИЯХ

NON-LEGAL RESTRICTIONS IN TRADEMARKS AND COMMERCIAL NAMES

АННОТАЦИЯ: Автор рассматривает в рамках статьи примеры неправовых ограничений при регистрации товарных знаков и коммерческих наименований в российском праве. Анализируя судебную практику, автор приходит к выводу, что на сегодняшний день все ограничения подобного рода должны отпасть, поскольку они не соответствуют светской этике и концепции светского государства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:

товарные знаки, ограничения, право и мораль, регистрация товарного знака.

ANNOTATION: The author considers in the framework of the article examples of illegal restrictions in the registration of trademarks and commercial names in Russian law. Analyzing the judicial practice, the author comes to the conclusion that today all restrictions of this kind should disappear, since they do not correspond to secular ethics and the concept of a secular state.

KEYWORDS: *trademarks, restrictions, law and morality, trademark registration.*

В данной статье мы бы хотели рассмотреть неправовые ограничения в действующем законодательстве о товарных знаках, коммерческих наименованиях и рекламе, искусственно сдерживающие креатив индивидуальных предпринимателей и организаций. В качестве примера таких ограничений выступают запреты, связанные с недопустимостью использования слов, символов, выражений и способные оскорбить чувства верующих.

Согласно пункту 4 рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений, утвержденных приказом Роспатента от 23.03.2001 № 39¹, для решения вопроса о том, противоречит ли обозначение общественным интересам, необходимо учитывать чувства верующих. Далее в рекомендации приводится такой пример: «Чувства православных христиан могут быть оскорблены регистрацией обозначения «Исповедальная» для товара «водка» (абзац девятый пункта 4 рекомендаций № 39)». Довольно удивительно читать такие указания от органа исполнительной власти в светском государстве².

Можно возразить, что подобные ограничения встречаются во всех странах мира – от США до Японии. Да, и эти ограничения соответствуют уровню развития светской этики народов. Совершенно верно отмечает Каспер Дж. Веркман: «Искусство не знает границ, но в сфере дизайна товарных знаков, которую можно назвать «служебным искусством», действует ряд оговорок и ограничений... Многочисленные законы о товарных знаках запрещают регистрацию знаков, так или иначе оскорбляющих приличия»³. И далее автор пишет, что эти приличия всегда основаны на морально-этических нормах, господствующих в конкретной стране.

¹ Приказ Роспатента от 23.03.2001 N 39 (ред. от 06.07.2001) «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений».

² При этом религиозные организации сами не прочь производить алкогольную продукцию. См. Принадлежащая РПЦ компания регистрирует товарные знаки для открытия казино // ZHAK URL: https://www.znak.com/2020-01-21/prinadlezhachaya_rpc_kompaniya_registriрует_tovarnye_znaki_dlya_otkrytiya_kazino (дата обращения: 13.05.2021).

³ Casper J. Werkman, 1974, Trade marks. Their Creation Psychology and Perception. P. 409.

Например, Colin Davies и Tania Cheng указывают, что зарегистрировать в Великобритании слово «Hallelujah» по закону о товарных знаках 1938 года было невозможно, поскольку это считалось оскорбительным. Но в связи с изменениями в представлениях о морали такое слово уже можно зарегистрировать по закону о товарных знаках 1994 года. При этом авторы отмечают, что недавно были отклонены заявки со словами «Tiny Penis» и «Jesus», но при этом были приняты заявки «FCUK» и «CNUT»⁴. Из этих примеров понятно, что мораль не может являться объективным мериллом для решения вопроса о возможности регистрации товарного знака. Поскольку решение о регистрации принимают конкретные граждане, то и моральные, и религиозные ограничители будут настолько строгими, насколько религиозен или высокоморален сотрудник ведомства. Поэтому прикрываться общественной моралью или религией нельзя, так как единичный представитель общества не может отражать взглядов всего общества или всей религиозной группы.

При этом общий подход Европейского союза заключается в невозможности регистрации товарного знака, если «товарный знак включает обозначение, обладающее высоким символическим значением, например, религиозный символ»⁵. Однако в Регламенте Совета ЕС №207/2009 в п. f уже используется другая характеристика знаков, чья регистрация недопустима: «товарные знаки, которые противоречат общественным интересам и общепринятым принципам морали»⁶.

На наш взгляд, необходимо проводить четкое разграничение между религиозными нормами, свойственными определенной религиозной группе, моралью как таковой и нормами права. Религиозные нормы и нормы морали не обладают универсальностью, всеобщностью и объективностью, которой обладают нормы права. Что предписывает одна религия (например, возможность употребления свинины), вовсе не обязательно для нерелигиозных людей и атеистов. То, что морально для одних социальных групп (например, должен ли судья помочь слабой стороне процес-

COLIN DAVIES И TANIA CHENG УКАЗЫВАЮТ, ЧТО ЗАРЕГИСТРИРОВАТЬ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ СЛОВО «HALLELUJAH» ПО ЗАКОНУ О ТОВАРНЫХ ЗНАКАХ 1938 ГОДА БЫЛО НЕВОЗМОЖНО, ПОСКОЛЬКУ ЭТО СЧИТАЛОСЬ ОСКОРБИТЕЛЬНЫМ. НО В СВЯЗИ С ИЗМЕНЕНИЯМИ В ПРЕДСТАВЛЕНИЯХ О МОРАЛИ ТАКОЕ СЛОВО УЖЕ МОЖНО ЗАРЕГИСТРИРОВАТЬ ПО ЗАКОНУ О ТОВАРНЫХ ЗНАКАХ 1994 ГОДА. ПРИ ЭТОМ АВТОРЫ ОТМЕЧАЮТ, ЧТО НЕДАВНО БЫЛИ ОТКЛОНЕНЫ ЗАЯВКИ СО СЛОВАМИ «TINY PENIS» И «JESUS», НО ПРИ ЭТОМ БЫЛИ ПРИНЯТЫ ЗАЯВКИ «FCUK» И «CNUT»

са), аморально для других. Именно поэтому нельзя распространять действие первых и вторых на всё общество. В.А. Четвернин заключает: «Право, с его свободой совести, предоставляет человеку возможность самостоятельно делать выбор в пределах ненасильственной деятельности, независимо от того, нравится этот выбор или не нравится некоему моральному или религиозному большинству»⁷. Недопустима ситуация, при которой несколько религиозных организаций (преимущественно РПЦ) оказывают влияние на субъектов коммерческой деятельности. Напомним, что церковь как организация должна заниматься духовной деятельностью, а не коммерцией. Потому исключительных прав на изображения святых, а также иные религиозные символы быть не может, поскольку они являются частью мирового культурного наследия. Церковь же должна их использовать для отправления религиозного культа, а не для извлечения прибыли.

⁴ Intellectual Property – Suppl. 64 (July 2011). Colin Davies & Tania Cheng. University of Glamorgan. Wolters Kluwer. P.172.

⁵ Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the member states relating to trade marks.

⁶ Европейское право интеллектуальной собственности: основные акты Европейского Союза / Под общ. Ред. Е.А. Павловой; Сост. В.О. Калятин, Е.А. Павлова; Иssl. Центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ. – М.: Статут, 2016. С. 583.

⁷ В.А. Четвернин. Проблемы теории права. 2010. Москва.



Ключевую роль для российской практики сыграло, на наш взгляд, дело «Бесогона», которое в начале 2020 года рассмотрел Суд по интеллектуальным правам⁸. Кейс «Бесогона» может повернуть порочную практику отказа в регистрации Роспатентом товарных знаков, которые хоть как-то отсылают нас к культу мировых религий. Отметим, что религии, не относящиеся к мировым, в товарных знаках и коммерческих обозначениях в России хоть редко, но присутствуют, например, в Москве есть ресторан «Ганеша», кафе «Джаганнат» и т.д.

На наш взгляд, положительный пример разрешения спора Н.С. Михалкова во многом связан с тем общественным положением, которое он

занимает, именно поэтому в Суде по интеллектуальным правам Роспатент вдруг отказался от заявленных требований, а Русская Православная Церковь не сочла использование образа христианского святого кощунством. РПЦ в своём ответе, написанном Московской духовной академией, сказала, что образ Никиты Бесогона является апокрифическим, якобы в РПЦ его не почитают. Но многочисленные изображения Никиты Бесогона в храмах РПЦ и продажа икон с его изображением говорят нам об обратном⁹.

В этом кейсе режиссёр приватизировал образ святого Никиты Бесогона, в то время как в других случаях суд не допускал использования фразы «Христос Воскресе» и образа пасхального яйца

⁸ Решение Суда по интеллектуальным правам от 20 января 2020 по делу № СИП-575/2019.

⁹ Товары по запросу «Бесогона» // Церковный торговый дом «Софрино» URL: <https://sofrino.ru/poisk2?phrase=%D0%91%D0%B5%D1%81%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%BD> (дата

обращения: 13.05.2021). Главное предприятие РПЦ производит иконы Никиты Бесогона, которые можно купить всем желающим.

при рекламе скидок на окна¹⁰, а в одном деле не допустил использования имени Иисуса Христа даже в названии религиозной организации¹¹.

При этом Роспатент открыто заявляет, что монополия на сферу сакрального есть только у РПЦ: «Кроме того, Роспатент пришел к выводу о том, что регистрация спорного обозначения на имя общества при отсутствии рекомендаций Русской Православной Церкви относительно возможности такой регистрации противоречит общественным интересам, поскольку при регистрации обозначений, имеющих религиозную семантику, целесообразно учитывать мнение Русской Православной Церкви»¹². Нас несколько смущает такая прямота Роспатента. Почему необходимо спрашивать мнения только РПЦ? На территории России зарегистрирована масса различных религиозных организаций христианского толка, почему тогда не спрашивают их мнения? Может быть, потому, что мнения отдельных лиц не должны влиять на объективное право? Также Роспатент указывал, что недопустимо нерелигиозной организации исполнять продукцию «в манере, свойственной изготовлению иконок, образков»¹³, т.е. признал и иконопись сферой исключительного ведения церкви. Видимо, забыто, что Христос выгнал торговцев из храма¹⁴. Но церковь уже давно, по мнению многих, живёт не по заветам Христа, а по заветам Маркса, сказавшего, что «церковь скорее откажется от 1/10 своего учения, чем от 1/10 своего имущества»¹⁵.

Порочность данной практики отказа от регистрации товарных знаков в религиозном исполнении очевидна. Любая церковь стремится к сакрализации общественной жизни, а поэто-

му мы можем прийти к положению, когда будет запрещено использовать в качестве товарного знака, скажем, солнце. Ведь солнце – это и есть бог: «А для вас, благоговеющие пред именем Моим, взойдет Солнце правды и исцеление в лучах Его»¹⁶; «Тебе кланяемся, Солнцу правды»¹⁷ и т.д. Также могут запретить и звезды, ведь была Вифлеемская звезда.

Относительно этого решения Суда по интеллектуальным правам возникает недоумение, почему же мы, в светском государстве, обязаны спрашивать мнения частной организации и мне-

ния отдельных её представителей? Степень влияния РПЦ доходит до того, что арбитражным судам приходится получать заключения у иерархов этой организации и учитывать всерьёз их позицию по делу: «Из ответа епископа Липецкого и Елецкого Никона, полученного в ходе рассмотрения дела о нарушении законодательства о рекламе, усматривается, что реклама с изображени-

ем полуобнаженной женщины является не только безнравственной, но и оскорбляющей религиозные чувства верующих, так как располагается возле Христо-Рождественского собора»¹⁸. Создается ощущение, что Россия не пережила секуляризацию. Почему необходимо спрашивать мнения церкви? И почему именно РПЦ? В России есть и католики, и кальвинисты, и адвентисты, и баптисты, и евангелисты – почему бы всех не опросить? Например, по каждому товарному знаку с намёком на религиозность собирать Вселенский собор всех Церквей и принимать резолюцию, можно или нет регистрировать такой товарный знак. Такой расклад не представляется возможным для светского общества.

СТЕПЕНЬ ВЛИЯНИЯ РПЦ ДОХОДИТ ДО ТОГО, ЧТО АРБИТРАЖНЫМ СУДАМ ПРИХОДИТСЯ ПОЛУЧАТЬ ЗАКЛЮЧЕНИЯ У ИЕРАРХОВ ЭТОЙ ОРГАНИЗАЦИИ И УЧИТЫВАТЬ ВСЕРЬЁЗ ИХ ПОЗИЦИЮ ПО ДЕЛУ

¹⁰ Решение Арбитражного суда Владимирской области от 19 октября 2012 года по делу № А11-6284/2012.

¹¹ Решение Арбитражного суда города Москвы от 29 апреля 2011 года по делу № А40-137387/2010.

¹² Решение Суда по интеллектуальным правам от 20 января 2020 по делу № СИП-575/2019.

¹³ Решение Суда по интеллектуальным правам от 20 января 2020 по делу № СИП-575/2019.

¹⁴ Мф. 21:12-13

¹⁵ Данную цитату приписывают Марксу, но нам не удалось найти в полном собрании сочинений Маркса этого выражения.

¹⁶ Ветхий Завет, книга пророка Малахи, гл. 4, стих 2.

¹⁷ Тропарь, глас 4-й, песнопение Рождества Христова.

¹⁸ Решение Арбитражного суда Липецкой области от 23 августа 2007 года по делу № А36-1753/2007.

В целом, «любая западноевропейская страна имеет хотя бы одну официально признанную церковь, т. е. поддерживаемую государством»¹⁹. Поэтому встретить подобную картину можно и в других государствах. Однако ни в одной стране мира (за исключением разве что Ватикана) нет логического обоснования таких преференций религиозным учреждениям.

Понятно, что мы живём в корпоративном государстве, где РПЦ теперь отведена особая роль, и поэтому она имеет ряд привилегий, начиная от неуплаты основных налогов и заканчивая, как мы видим, монополией на сферу сакрального. Мы не смогли найти подобных решений, связанных с Центральным духовным управлением мусульман России. Единственное дело, связанное с буддистами, отсылает к закрытию «Будда-бара»²⁰. Восемь лет существовал бар со статуей Будды внутри и коктейлями «Будда», но спустя восемь лет, видимо, закончилось терпение, и была подана жалоба за оскорбление чувств верующих. Однако исключение подтверждает правило: основа судебной практики складывается из-за РПЦ.

Возможно, читатели зададутся вопросом: «Если убрать все эти ограничения, связанные с моралью и религией, то на фасадах домов будут нецензурные слова и непотребные символы?» На этот вопрос нам бы хотелось ответить в следующем ключе. Да, нам следовало бы регистрировать все товарные знаки, за исключением тех, которые призывают к терроризму, расовой ненависти и т.п. И если у фирмы есть товарный знак с нецензурным словом, а вы не желаете, чтобы этот знак красовался на вашем доме, то гражданское право предоставляет вам механизм

для борьбы с этим. Общее собрание жильцов должно решить, может или нет такой знак быть на фасаде их дома. Если мы говорим о частной собственности (товарный знак расположен на фасаде частного дома на частной земле), то здесь у граждан имеется более весомый инструмент. Отказывая в потреблении товаров или услуг конкретного производителя ввиду несогласия с его товарным знаком, потребитель мягко «понуждает» производителя к принятию этических норм конкретного сообщества. В против-

ном случае производитель разорится. Например, таким «крестовым походом» идут веганы и вегетарианцы, бойкотирующие продукцию, нарушающую их вкусовые предпочтения. И, как мы видим, с каждым годом всё большее число производителей выпускает линейки продуктов, соответствующие этому общественному запросу.

Завершая нашу статью, можем сказать однозначно, что нынешние ограничения противоречат и духу права, и светской этике, и концепции секулярного государства. Все утверждения о том, что у нас 70-80% православного населения – не что

иное, как махинации со статистикой. Если учитывать, что истинным православным верующим может быть лишь тот, кто соблюдает Закон Божий (т.е. посещение всех воскресных служб, соблюдение поста и всех заповедей, знание молитв), то таких у нас наберётся едва ли 10%. И даже при таком раскладе это меньшинство никак не должно определять жизнь и правопорядок для большинства. Поэтому все эти неправовые ограничения необходимо устранить и прекратить подчинение светской жизни церкви как по вопросу нашей статьи, так и в других сферах человеческого общежития.

**ЕСЛИ У ФИРМЫ ЕСТЬ
ТОВАРНЫЙ ЗНАК
С НЕЦЕНЗУРНЫМ СЛОВОМ,
А ВЫ НЕ ЖЕЛАЕТЕ, ЧТОБЫ
ЭТОТ ЗНАК КРАСОВАЛСЯ
НА ВАШЕМ ДОМЕ,
ТО ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
ПРЕДОСТАВЛЯЕТ ВАМ
МЕХАНИЗМ ДЛЯ БОРЬБЫ
С ЭТИМ. ОБЩЕЕ СОБРАНИЕ
ЖИЛЬЦОВ ДОЛЖНО РЕШИТЬ,
МОЖЕТ ЛИ НЕ ТАКОЙ
ЗНАК БЫТЬ
НА ФАСАДЕ ИХ ДОМА**

¹⁹ Р. А. Познер. Экономический анализ права. Перевод с английского А.А. Фофонова под редакцией В.Л. Тамбовцева. – СПб.: Экономическая школа, 2004. Т.2. С. 912.

²⁰ П. 3. «Обзор судебной практики по делам об административных правонарушениях, предусмотренных статьёй 5.26 «Нарушение законодательства о свободе совести,

свободе вероисповедания и о религиозных объединениях» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.06.2019).



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативные акты:

1. Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the member states relating to trade marks.
2. Приказ Роспатента от 23.03.2001 N 39 (ред. от 06.07.2001) «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений».

Судебная практика:

3. «Обзор судебной практики по делам об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 5.26 «Нарушение законодательства о свободе совести, свободе вероисповедания и о религиозных объединениях» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.06.2019).
4. Решение Суда по интеллектуальным правам от 20 января 2020 по делу N° СИП-575/2019.
5. Решение Арбитражного суда Владимирской области от 19 октября 2012 года по делу N° А11-6284/2012.
6. Решение Арбитражного суда города Москвы от 29 апреля 2011 года по делу N° А40-137387/2010.
7. Решение Арбитражного суда Липецкой области от 23 августа 2007 года по делу N° А36-1753/2007.

Научная литература:

8. Европейское право интеллектуальной собственности: основные акты Европейского Союза / Под общ. Ред. Е.А. Павловой; Сост. В.О. Калятин, Е.А. Павлова; Иссл. Центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ. – М.: Статут, 2016.
9. В. А. Четвернин. Проблемы теории права 2010. Москва.
10. Р. А. Познер. Экономический анализ права. Перевод с английского А.А. Фофонова под редакцией В.Л. Тамбовцева. – СПб.: Экономическая школа, 2004. Т.2.
11. Casper J. Werkman, 1974, Trade marks. Their Creation Psychology and Perception.
12. Intellectual Property – Suppl. 64 (July 2011). Colin Davies & Tania Cheng. University of Glamorgan. Wolters Kluwer.

Интернет-ресурсы:

13. Принадлежащая РПЦ компания регистрирует товарные знаки для открытия казино // ZNAK URL: https://www.znak.com/2020-01-21/prinadlezhachaya_rpc_kompaniya_registriruet_tovarnye_znaki_dlya_otkrytiya_kazino (дата обращения: 13.05.2021).
14. Товары по запросу «Бесогон» // Церковный торговый дом «Софрино» URL: <https://sofrino.ru/poisk2?phrase=%D0%91%D0%B5%D1%81%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%BD> (дата обращения: 13.05.2021).



УДК 347.191.43



Коротич Артемий Витальевич
(koro-artemij@ya.ru)

студент 1 курса магистратуры юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Artemy Korotich

1st year student of master program Faculty of Law Lomonosov Moscow State University



Снятков Антон Алексеевич
(antonsnyatkov@mail.ru)

студент 1 курса магистратуры юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Anton Snyatkov

1st year student of master program Faculty of Law Lomonosov Moscow State University

Научный руководитель:
Третьяков Сергей
Васильевич

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

Academic supervisor:
Sergey Tretyakov

Ph.D in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law of the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University

КОНЕЧНЫЙ БЕНЕФИЦИАР

ULTIMATE BENEFICIARY

АННОТАЦИЯ: Данная статья посвящена переосмыслению положения держателей долей в корпорации. Анализируются и критикуются доводы, обосновывающие преимущественное, по сравнению со всеми иными группами участников корпоративных отношений, положение держателей долей, и в конечном итоге предлагается пересмотр модели «агент-принципал», который призван пролить свет на то, кто в действительности является конечным бенефициаром и что позволит модернизировать современное корпоративное право.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *корпорация, держатели долей, бенефициары, агент-принципал, корпоративное управление, косвенный иск.*

ANNOTATION: This article is devoted to rethinking of the position of shareholders in the corporation. The authors analyze and criticize the arguments that justify the preferential position of the shareholders in comparison with all other groups of participants in corporate relations, and ultimately propose a revision of the «agent-principal» model, which is designed to provide insights into who is actually the ultimate beneficiary, and what will allow modernizing modern corporate law.

KEYWORDS: *corporation, shareholders, beneficiaries, principal agent, corporate governance, derivative suit.*

§1 Классический подход к положению держателей долей в корпорации

На протяжении долгого времени в доктрине корпоративного права господствовал подход, закрепляющий привилегированное положение держателей долей среди других участников корпоративных отношений. Прежде всего, это выражалось в определении основной задачи корпорации как «заботы» о держателях долей, что, в свою очередь, предполагало приоритет в выплате дивидендов, а также получение держателями долей ряда привилегий в иной деятельности, посредством которой стоимость принадлежащих им долей становилась дороже¹. Но остается ли это так и по сегодняшний день? Для ответа на этот вопрос необходимо произвести структуризацию отношений внутри корпорации.

В корпоративных отношениях в процессе осуществления их участниками своих прав сталкиваются интересы различных групп: менеджеров, держателей

¹ Tamar Frankel TOWARDS UNIVERSAL FIDUCIARY PRINCIPLES Boston University School of Law Working Paper No. 12-09 P. 16-19.

долей, работников, кредиторов и др.². Каждая из этих групп стремится к первоочередному удовлетворению собственных интересов³, которые могут как совпадать, так и не совпадать друг с другом, ввиду чего возникает вопрос: действительно ли имеются причины, по которым мы должны отдавать преимущество интересам держателей долей?

Существует несколько аргументов, поддерживающих позицию, согласно которой интересам держателей долей отдается привилегированное положение. Первый аргумент основан на том, что держатели долей являются собственниками корпорации, а значит, именно перед ними несут ответственность все остальные участники корпоративных отношений⁴. Продолжением данного аргумента является описание взаимоотношений между правлением и держателями долей в соответствии с моделью «агент-принципал», где агентом является правление, а принципалом – держатели долей.

Второй аргумент утверждает, что связь держателей долей с корпорацией наиболее прочная по сравнению со всеми остальными участниками, которые постоянно меняются: старые кредиторы заменяются новыми, работники уходят на пенсию, менеджеры исполняют свои обязанности на период действия договора и т.д. Поэтому именно удовлетворение интересов держателей долей является «вершиной» корпоративной деятельности, поскольку следует после того, как обязательства перед всеми остальными участниками исполнены⁵.

Третий аргумент состоит в том, что благополучие держателей долей является маркером того, что корпорация экономически устойчива, а работа менеджмента является эффективной⁶.

В действительности же, на взгляд авторов, ни один из приведенных выше тезисов не соотносится с реальным положением вещей.

Начать стоит с того, что корпорации юридически «принадлежат сами себе», что и позволяет им самостоятельно вступать в отношения с другими

участниками оборота⁷, причем даже если отказаться от органической теории юридического лица и исходить из концепции, где корпорация является фикцией⁸, все равно правопорядок признает юридическое лицо как обособленный, самостоятельный субъект гражданских правоотношений, вне зависимости от того, какими сущностными характеристиками академическое юридическое сообщество наделяет юридическое лицо. Также стоит принять во внимание, что держатели долей владеют не «частями» корпорации в прямом смысле, а некото-

рым субстратом, воплощающим эту часть, будь то, к примеру, доли в обществе с ограниченной ответственностью или акции. Этот субстрат, в свою очередь, предоставляет его обладателям некоторый объем прав, которые те могут осуществлять в соответствии с принципом автономии воли.

При таком подходе к положению держателей долей их «разительное отличие» от всех остальных групп, вовлеченных в правоотношения с корпорацией, становится менее очевидным⁹.

СУЩЕСТВУЕТ НЕСКОЛЬКО АРГУМЕНТОВ, ПОДДЕРЖИВАЮЩИХ ПОЗИЦИЮ, СОГЛАСНО КОТОРОЙ ИНТЕРЕСАМ ДЕРЖАТЕЛЕЙ ДОЛЕЙ ОТДАЕТСЯ ПРИВИЛЕГИРОВАННОЕ ПОЛОЖЕНИЕ. ПЕРВЫЙ АРГУМЕНТ ОСНОВАН НА ТОМ, ЧТО ДЕРЖАТЕЛИ ДОЛЕЙ ЯВЛЯЮТСЯ СОБСТВЕННИКАМИ КОРПОРАЦИИ

² Reinier Kraakman The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach. Third Edition. Oxford University Press. P. 30.

³ LYMAN JOHNSON AFTER ENRON: REMEMBERING LOYALTY DISCOURSE IN CORPORATE LAW P. 25-28.

⁴ Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition p. 36

⁵ Corporate Governance and Control Marco Becht, Patrick Bolton, Alisa Röell Finance Working Paper N°. 02/2002. Updated August 2005 P. 8.

⁶ MARGARET M. BLAIR LYNN A. STOUT Team Production Theory of Corporate Law Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2, March 1999.

⁷ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014 С. 47-50.

⁸ Савиных Ф. Система современного римского права Т II С. 150-158.

⁹ Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition P. 38.

ВТОРОЙ АРГУМЕНТ УТВЕРЖДАЕТ, ЧТО СВЯЗь ДЕРЖАТЕЛЕЙ ДОЛЕЙ С КОРПОРАЦИЕЙ НАИБОЛЕЕ ПРОЧНАЯ ПО СРАВНЕНИЮ СО ВСЕМИ ОСТАЛЬНЫМИ УЧАСТНИКАМИ, КОТОРЫЕ ПОСТОЯННО МЕНЯЮТСЯ

Второй тезис относительно того, что связь между корпорацией и держателями долей наиболее постоянна в сравнении с другими участниками, также является спорным.

Возьмем, к примеру, акционеров. Современный рынок акций таков, что некоторая часть ценных бумаг акционерного общества проходит в ходе торгов если не через сотни, то через десятки разных субъектов. Также стоит учитывать то, что сама масса акционеров не является однородной. Внутри данной группы можно выделить две подгруппы¹⁰: первая – акционеры, которые намерены владеть принадлежащей им долей на протяжении многих лет, получая с них дивиденды; вторая группа – это те, кто не намерен долгое время держать ценные бумаги, а приобретает их для последующей перепродажи на бирже ценных бумаг. Интересы данных подгрупп, как правило, противопоставлены друг другу, что также может впоследствии повлиять на то, какое решение относительно повестки будет принято.

Попытка выразить «теснейшую» связь держателей долей с корпорацией с помощью идеи о том, что обогащение держателей долей является «вершиной» корпоративной деятельности, поскольку именно держатели долей являются финальными бенефициарами экономической деятельности корпорации, также не является состоятельной.

С этим тезисом можно было бы согласиться только в том случае, если бы выплата дивидендов являлась обязанностью для корпорации, в то время как в действующем законодательстве различных пра-

вопорядков выплата дивидендов держателям долей является опциональной: «Общество вправе по результатам первого квартала, полугодия, девяти месяцев отчетного года и (или) по результатам отчетного года принимать решения (объявлять) о выплате дивидендов по размещенным акциям»¹¹. То есть дивиденды могут быть и не выплачены, а все средства, полученные от экономической деятельности, могут быть направлены на модернизацию производства, привлечение кадров с более высокой квалификацией, разработку новой маркетинговой стратегии и др.

Исходя из этого, держатели долей не выделяются в общей массе всех тех, кто участвует в сложном корпоративном механизме: работников, кредиторов, поставщиков и т.д., перед кем корпорация несет свои обязанности, выполняя их по мере возможности.

Скорее всего, авторы, отстаивающие подобные взгляды, построили данный тезис через проведение аналогии с процедурой банкротства, поскольку именно там интересы держателей долей удовлетворяются в последнюю очередь, после расчета со всеми кредиторами. Проведение подобных параллелей между процедурой банкротства и выплатой дивидендов не допустимо, поскольку это абсолютно разные по своей сущности процедуры. Более того, сравнивать корпорацию, находящуюся в процедуре банкротства, с экономически здоровым субъектом гражданского оборота достаточно затруднительно и в некоторой степени абсурдно¹².

ТРЕТИЙ АРГУМЕНТ СОСТОИТ В ТОМ, ЧТО БЛАГОПОЛУЧИЕ ДЕРЖАТЕЛЕЙ ДОЛЕЙ ЯВЛЯЕТСЯ МАРКЕРОМ ТОГО, ЧТО КОРПОРАЦИЯ ЭКОНОМИЧЕСКИ УСТОЙЧИВА, А РАБОТА МЕНЕДЖМЕНТА ЯВЛЯЕТСЯ ЭФФЕКТИВНОЙ

¹⁰ Barry, Jordan and Hatfield, John William and Kominers, Scott Duke, On Derivatives Markets and Social Welfare: A Theory of Empty Voting and Hidden Ownership (August 22, 2012). Virginia Law Review, Vol. 99, No. 1103, 2013; Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 122; Becker Friedman Institute for Research in Economics Working Paper No. 2012-11; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 433. p.1111 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2134458> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2134458>

¹¹ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 15.04.2019) «Об акционерных обществах» п. 1 ст. 42 // consultant.ru

¹² Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition p.40.



Рассмотрим третий аргумент, связывающий благосостояние акционеров, выражающееся в увеличении стоимости их доли, с благосостоянием самой корпорации. Действительно, одним из показателей успешности экономической деятельности корпорации является цена, отражающая стоимость выпущенных корпорацией ценных бумаг. Однако этот критерий не является единственным¹³, а в сравнении с остальными – второстепенен, так как стоимость ценных бумаг может и вовсе не зависеть от экономической деятельности корпорации. Примером тому может послужить процедура, разработанная в период Великой депрессии и получившая название «stock buyback»¹⁴. Суть данной процедуры заключается в следующем: в случае, когда стоимость ценных бумаг корпорации на рынке начинает падать, правление корпорации принимает решение о выкупе ценных бумаг компании у своих инвесторов/держателей долей, таким образом они уменьшают число ценных бумаг, участвующих в торгах на бирже, тем самым поднимая на них спрос, а следовательно, и цену.

Исходя из вышеизложенного, становится ясно, что устоявшийся взгляд на положение держателей долей в корпорации требует пересмотра и модернизации.

§ 2 Альтернативный подход к определению места держателей долей в корпорации

Первое, на что стоит обратить внимание в ходе пересмотра места, занимаемого держателями долей, — это пересмотр модели «агент-принципал», а точнее положения, при котором принципалами являются не держатели долей, а сама корпорация. Это связано с тем, что принципалом в отношениях, касающихся управления имуществом, выступает собственник доверенного имущества, а в рассматриваемых отношениях им является само юридическое лицо. Сами же держатели долей в обмен на внесенный ими вклад получают право голоса, право на иск и право на продажу своих долей, но никак не право собственности на саму корпорацию¹⁵, которая остается самостоятельным субъектом.

¹³ Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard Univ. Press. 1991. P. 40–54.

¹⁴ Manconi, Alberto and Peyer, Urs C. and Vermaelen, Theo, *Are Buybacks Good for Long-Term Shareholder Value? Evidence from Buybacks around the World* (March 7, 2018). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 436/2014; INSEAD

Working Paper No. 2013/101/FIN. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330807> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2330807>

¹⁵ Stout, Lynn A. *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition P.42.

Подобный подход также является наиболее приемлемым в свете следующих обстоятельств: процесс формирования корпорации предполагает, что после того, как она была учреждена, должно быть сформировано правление, и только после того, как правление было создано, корпорация (акционерное общество) получает возможность выпускать ценные бумаги на рынок¹⁶. В таком случае корпорация и ее правление изначально являются независимыми от держателей долей.

После эмиссии и приобретения ценных бумаг держатели долей получают возможность реализовать предоставленные им права, в том числе оказывать влияние на принимаемые корпорацией решения в случаях, когда это определено законом, либо самим уставом¹⁷.

Подтверждением того, что держатели долей не являются принципалами, также выступает тот факт, что сама корпорация не всегда должна действовать так, как того бы желали держатели долей. Например, те или иные ресурсы могут быть использованы не для выплаты дивидендов, а в «лучших интересах компании»¹⁸, в данном случае под «лучшими интересами» понимается то решение, которое является наиболее релевантным обстановке. К примеру, для этого корпоративные фонды могут быть использованы корпорацией в благотворительных целях; посредством решений, принимающихся органами, могут быть отклонены рискованные бизнес-стратегии и т.д.¹⁹

Так какое же место занимают держатели долей? Как уже было сказано ранее: держатели долей в случаях, предусмотренных за-

коном или учредительными документами, имеют возможность в ходе голосования оказывать влияние на принимаемые корпорацией решения, более того, существует целый перечень вопросов, относящийся к исключительному ведению общего собрания²⁰. И именно здесь держатели долей получают власть относительно принятия решений о судьбе корпорации, о том, каким образом будет распределено имущество, на какие цели оно будет направлено, однако делают они это не как собственники имущества, а в составе органа юридического лица.

В подобных обстоятельствах держатели долей выступают как «классические» агенты – менеджеры, принимающие решения. В таком случае и ответственность должна быть похожа на ту, которая распространяется на менеджеров. Это уже реализуется на практике, о чем свидетельствует обширная положительная судебная практика по вопросу о привлечении держателей долей к субсиди-

арной ответственности.

Также подобному пересмотру позиции держателей долей способствует тот факт, что каждый из них может стать контролирующим лицом, так как сам термин «контролирующее лицо» не предопределяет наличие у держателя доли «контрольного пакета», в данном случае речь идет о ситуациях, когда лицо получает возможность каким-либо образом оказать влияние на принимаемое корпорацией решение, причем как посредством принадлежащего ему пакета акций, так и любым другим путем. Так, в случае заключения корпоративного соглашения лицо может приобрести возможность оказывать вли-

**ПОДТВЕРЖДЕНИЕМ
ТОГО, ЧТО ДЕРЖАТЕЛИ
ДОЛЕЙ НЕ ЯВЛЯЮТСЯ
ПРИНЦИПАМИ, ТАКЖЕ
ВЫСТУПАЕТ ТОТ ФАКТ,
ЧТО САМА КОРПОРАЦИЯ
НЕ ВСЕГДА ДОЛЖНА
ДЕЙСТВОВАТЬ ТАК,
КАК ТОГО БЫ ЖЕЛАЛИ
ДЕРЖАТЕЛИ ДОЛЕЙ**

¹⁶ Федеральный закон от 22.04.1996 N 39-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О рынке ценных бумаг» п. 3 ст. 24; Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 23.04.2018) «Об обществах с ограниченной ответственностью» ст. 11, ст. 34; Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 15.04.2019) «Об акционерных обществах» ст. 9// consultant.ru

¹⁷ Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition P.42.

¹⁸ Степанов Д.И «Интересы юридического лица и его участников» // zakon.ru

¹⁹ MARGARET M. BLAIR LYNN A. STOUT Team Production Theory of Corporate Law Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2, March 1999 P. 301-305.

²⁰ ст. 33 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об обществах с ограниченной ответственностью»/ ст. 48 Федерального закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 04.11.2019, с изм. от 07.04.2020) «Об акционерных обществах» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020)

яние на деятельность корпорации, не обладая de jure необходимым для этого количеством голосов, однако de facto являясь «контролирующим лицом»²¹.

Следовательно, держатели долей, также как и менеджеры, признаются субъектами, управомоченными осуществлять свои права, которые они получают посредством приобретения некоего субстрата «доли», в соответствии с собственным усмотрением, и, также как и для менеджеров, осуществление ими принадлежащих им прав должно соответствовать стандартам, которые применяются к решениям, принимаемым менеджерами.

Держатели долей, как уже было сказано ранее, имеют три базовых правомочия²²: право голоса, право продавать свои доли, право подать иск, где последнее является одним из наиболее важных инструментов в описанной авторами модели.

Форма реализации этого права на иск, который также называют «косвенным» (derivative suit) разнится от правопорядка к правопорядку. В США, Франции и Швейцарии подача иска – это право каждого держателя доли и закон допускает его подачу от лица корпорации, не требуя для этого преодоления каких-либо цензов, что дает максимальную защищенность интересам корпорации. Подобный подход наиболее четко отражает утвердившуюся в экономике, социологии, политике теорию, получившую название «Равновесие Нэша». Суть данной концепции состоит в том, что при взаимодействии двух и более лиц, преследующих похожие цели (улучшить собственное благосостояние), существует некая «доминирующая» стратегия, при которой участник получает оптимальный результат при любом поведении других игроков²³ (применительно к корпорации – действовать исходя из Liability rules или их немецкого аналога Treuepflicht, т.е. как минимум не претерпевать неблагоприятные последствия, выраженные в

привлечении к ответственности). Для того, чтобы обеспечить контроль за следованием этой «стратегии» со стороны всех остальных участников, разработан механизм для привлечения к ответственности.

В Германии, Италии, Австрии подача иска должна сопровождаться решением, принимаемым держателями долей, что значительно сокращает возможность участников защищать интересы корпорации. Однако в 2005 году немецкий правопорядок разрешил держателям долей самостоятельно подавать иски от лица корпорации²⁴.

Старый же порядок, который остается доступным в качестве альтернативы, предполагал назначение специального представителя для того, чтобы предъявить иск за нарушение лежащих на том или ином участнике корпоративных отношений обязанностей, а также предполагал обладание десятипроцентной долей корпорации²⁵. Процент, в свою очередь, для подачи косвенного иска также был снижен: теперь для подачи иска достаточно обладать 1% доли, или ее стоимость должна равняться ста тысячам евро²⁶. Однако при таком низком проценте немецкий законодатель счел подобную ситуацию опасной, так как то или иное лицо может злоупотребить своим правом. Для того, чтобы этого не допустить, в германском правопорядке действует механизм «Klagezulassungsverfahren», или процедура приема иска, в ходе которой истец доказывает необходимость подачи иска посредством предоставления суду на обозрение фактов, свидетельствующих о нарушении фидуциарных обязанностей.

В отечественном правопорядке использование косвенных исков для защиты интересов корпорации также допускается²⁷. Никаких дополнительных легитимаций для того, чтобы подать иск, не требуется. Все расходы по иску несут процессуальные истцы, поскольку именно они инициируют рассмотрение дело в суде. Помимо этого, предусмотрена возможность присоеди-

²¹ Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 01.04.2020) «О несостоятельности (банкротстве)»

²² Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition P.42.

²³ MARTIN J. OSBORNE AND ARIEL RUBINSTEIN «A COURSE IN GAME THEORY» The MIT Press 1994 P. 19.

²⁴ Martin Gelter. Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe? 37 Brook. J. Int. L. P. 862-869 (2012).

²⁵ Hans C. Hirt The Enforcement of Directors' Duties in Britain and Germany: A Comparative Study with Particular Reference to Large Companies P. 255-257.

²⁶ Martin Gelter. Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe? 37 Brook. J. Int. L. p. 862-869(2012). Доступ по: https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/SSRNid2000814.pdf.

²⁷ ст. 65.2 «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019)

ния других держателей долей к истцу, инициировавшему рассмотрение, однако в таком случае любые решения, связанные с отказом от иска, изменением предмета или оснований, заключением мирового соглашения, становятся возможными только при единогласном решении²⁸. Таким образом, держатели долей могут защитить корпорацию от действий контролирующих лиц или лиц, принимающих участие в договоре, исполнение обязанностей которого причиняет вред наилучшим интересам корпорации.

Таким образом, держатели долей получают эффективный инструмент для привлечения к ответственности всех, кто, по мнению держателей долей, причиняет вред, в том числе и других держателей долей, причем ответственность наступит именно перед юридическим лицом, что в очередной раз подчеркивает сильную позицию держателей долей, а также их роль как «представителей» корпорации и ее интересов²⁹. Расширение правомочий в этом направлении на примере Германии также свидетельствует о постепенном изменении восприятия роли держателей долей как агентов.

Таким образом, исходя из данного подхода, обязанности перераспределяются между всеми участниками корпоративных отношений в пропорции относительно возможности оказания влияния тем или иным участником корпоративных отношений на принимаемые в корпорации решения, касающиеся распоряжения и распределения корпоративных ресурсов в сложившейся обстановке. Следовательно, каждый из участников, на кого распространяются данные обязанности, должен учитывать интересы других групп, вовлеченных в корпоративные отношения, исходя из идеи наилучших интересов, а не только лишь из своих собственных.

Однако такой вывод также вызывает ряд вопросов, связанных с его реализацией. Если мы говорим о возложении обязанности на лиц, принимающих участие в корпоративном соглашении, то необходимо определить то, каково их содержание, механизм выявления нарушения или возможного злоупотребления, а также вы-

ОБЯЗАННОСТИ ПЕРЕРАСПРЕДЕЛЯЮТСЯ МЕЖДУ ВСЕМИ УЧАСТНИКАМИ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ В ПРОПОРЦИИ ОТНОСИТЕЛЬНО ВОЗМОЖНОСТИ ОКАЗАНИЯ ВЛИЯНИЯ ТЕМ ИЛИ ИНЫМ УЧАСТНИКОМ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ НА ПРИНИМАЕМЫЕ В КОРПОРАЦИИ РЕШЕНИЯ, КАСАЮЩИЕСЯ РАСПОРЯЖЕНИЯ И РАСПРЕДЕЛЕНИЯ КОРПОРАТИВНЫХ РЕСУРСОВ В СЛОЖИВШЕЙСЯ ОБСТАНОВКЕ

явить, выполнило ли лицо лежащее на нем обязанности или нет.

Корпоративным правом других право порядков содержание данных обязанностей определяется в рамках фидуциарных отношений, к которым в российском научном юридическом сообществе придается значение, резко отличающееся от зарубежных аналогов, что также, по мнению авторов, не имеет под собой оснований.

Подводя итог всему вышесказанному, мы приходим к выводу, что на сегодняшний день в теории корпоративного права относительно положения держателей долей образовался застой, вызванный использованием устаревших подходов, не позволяющих модернизировать действующее законодательство, направленное на регулирование корпоративных отношений, хотя судебная практика этот переход совершила.

Таким образом, модель «агент-принципал» должна быть пересмотрена следующим образом: принципалом должен считаться не держатель доли, а сама корпорация, в то время как участники внутрикорпоративных отношений должны восприниматься как агенты, несущие обязанность вести себя разумно и добросовестно в отношении корпорации.

²⁸ п. 32 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 г. № 25

²⁹ MARGARET M. BLAIR LYNN A. STOUT Team Production Theory of Corporate Law Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2, March 1999 P. 289.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. С. 47–50.
2. Савиньи Ф. Система современного римского права Т. II. С. 150–158.
3. Степанов Д. И. Интересы юридического лица и его участников.
4. Tamar Frankel TOWARDS UNIVERSAL FIDUCIARY PRINCIPLES Boston University School of Law Working Paper No. 12-09 P. 16–19.
5. Reinier Kraakman The Anatomy of Corporate Law a Comparative and Functional Approach. Third Edition. Oxford University Press. P. 30
6. LYMAN JOHNSON AFTER ENRON: REMEMBERING LOYALTY DISCOURSE IN CORPORATE LAW P. 25–28.
7. Stout, Lynn A. The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public. Berrett-Koehler Publishers. Kindle Edition P. 36.
8. Corporate Governance and Control Marco Becht, Patrick Bolton, Alisa Röell Finance Working Paper №. 02/2002.
9. Updated August 2005 P. 8.
10. MARGARET M. BLAIR LYNN A. STOUT Team Production Theory of Corporate Law Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2, March 1999.
11. Barry, Jordan and Hatfield, John William and Kominers, Scott Duke, On Derivatives Markets and Social Welfare: A Theory of Empty Voting and Hidden Ownership (August 22, 2012). Virginia Law Review, Vol. 99, No. 1103, 2013; Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 122; Becker Friedman Institute for Research in Economics Working Paper No. 2012-11; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 433. p.1111 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2134458> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2134458>
12. Easterbrook & Fischel, The Economic Structure of Corporate Law. Harvard Univ. Press. 1991. P. 40–54.
13. Manconi, Alberto and Peyer, Urs C. and Vermaelen, Theo, Are Buybacks Good for Long-Term Shareholder Value? Evidence from Buybacks around the World (March 7, 2018). European Corporate Governance Institute (ECGI) – Finance Working Paper No. 436/2014; INSEAD Working Paper No. 2013/101/FIN. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330807> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2330807>
14. MARTIN J. OSBORNE AND ARIEL RUBINSTEIN «A COURSE IN GAME THEORY» The MIT Press 1994 P. 19.
15. Martin Gelter. Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe? 37 Brook. J. Int. L. P. 862–869 (2012).
16. Hans C. Hirt the Enforcement of Directors' Duties in Britain and Germany: A Comparative Study with Particular Reference to Large Companies P. 255–257.

Нормативно-правовые акты:

17. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019).
18. Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 15.04.2019) «Об акционерных обществах» п. 1 ст. 42.
19. Федеральный закон от 22.04.1996 N 39-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О рынке ценных бумаг» п. 3 ст. 24.
20. Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 23.04.2018) «Об обществах с ограниченной ответственностью ст. 11, ст. 34; Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ (ред. от 15.04.2019) «Об акционерных обществах» ст. 9.
21. Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 01.04.2020) «О несостоятельности (банкротстве)».

Судебная практика:

22. Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 г. № 25.



УДК 347.78



Сафьянников Артём Васильевич
(avsafyannikov@edu.hse.ru)

студент 2 курса факультета права
Национального исследовательского
университета
«Высшая Школа Экономики»
Safiannikov Artem
2nd year student of Law Faculty
National Research University
«Higher School of Economics»

Научный руководитель:

Янковский Роман Михайлович

кандидат юридических наук,
доцент факультета права НИУ ВШЭ

Academic supervisor:

Roman Yankovsky

Ph.D in Law, Associate Professor
of the Faculty of Law of the Higher
School of Economics

ПРАВА НА ПРОИЗВОДНЫЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ ФАНФИКШЕНА

RIGHTS TO DERIVATIVE WORKS IN THE CONTEXT OF FANFICTION

АННОТАЦИЯ: В статье анализируется правовой статус фанфикшена как вида производных произведений. Раскрываются отличительные черты использования фанфикшена и возможные проблемы, вызванные режимом производных произведений. Рассматривается возможность применения к фанфикшену норм о свободном использовании произведений. Предлагаются пути совершенствования отечественного авторского права на основе зарубежной и отечественной цивилистики.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: фанфикшен, производные произведения, свободное использование произведений, добросовестное использование, пользовательский контент.

ANNOTATION: This article gives an analysis on the legal status of fanfiction as a particular type of derivative works. Certain aspects of use of fanfics and possible problems concerning the regulation of derivative works are explained. Several ways of improving domestic copyright law are outlined on the grounds of Russian and foreign jurisprudence.

KEYWORDS: fanfiction, derivative works, free use of works, fair use, user-generated content.

Развитие пользовательского контента в Интернете поднимает перед исследователями вопрос правовой квалификации фанфикшена, или «любого непрофессионального письменного творчества на основе элементов массовой культуры»¹. Получивший популярность в 60-е годы прошлого столетия фанфикшен прошел серьезную трансформацию, став неотъемлемой частью цифровой эпохи². Ключевым вопросом авторского права — соотношение индивидуальных и общественных интересов в «развитии науки и полезных ремесел»³ — получает новую трактовку в контексте фанфикшена.

Несмотря на то, что на сегодняшний день в отношении авторов фанфиков не было возбуждено ни одного судебного дела, нельзя сказать, что они полностью свободны в своей деятельности. В адрес Интернет-порталов, размещающих фанфикшен, а также отдельных авторов практически постоянно выносятся предупреждения от правообладателей, грозящих судом и удалением неправомерного контента. С другой стороны, известны случаи, когда фанаты обращались к авторам с претензиями, поскольку полагали, что сиквелы, адаптации и продолжения произведений экспроприировали фанатские идеи⁴.

Актуальность исследования фанфикшена обосновывается тем, что его маргинальное положение в системе авторского права не может оставаться таким надолго. Особенно если учесть, что

¹ Rebecca Tushnet. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law // Loy. L.A. Ent. L. Rev. 1997. № 17. P. 655.

² На одном только российском Ficbook выложено более миллиона фанфиков. Сайт Ficbook. URL: <https://ficbook.net> (дата обращения 14.05.2021 г.).

³ П. 8 Конституции США. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnstUS.htm>.

⁴ Например, дело Anderson v. Stallone (1989). См. Stendell, Leanne. Fanfic and Fan Fact: How Current Copyright Law Ignores the Reality of Copyright Owner and Consumer Interests in Fan Fiction // 58 SMU L. Rev. 2005. P. 1554.

фанфики все чаще приобретают коммерческую популярность⁵.

Фанфики представляют из себя крайне обширное культурное явление – им невозможно дать законченное определение и создать законченную классификацию. Выделяется огромное множество жанров фанфикшена, только некоторые из которых представляются актуальными в контексте данной работы.

- Ориджиналы, или оригинальные фанфики. Данные работы, как правило, пишутся не в рамках существующих фан-сообществ (также – «фандомов»), а основываются на уникальных персонажах и событиях. С точки зрения авторского права ориджиналы не вызывают никаких нареканий, поэтому исследоваться не будут.
- AU, также Alternative Universe («альтернативная вселенная»). Именно эта категория фанфиков представляет наибольший интерес, поскольку имеет тесную связь с каноничной работой. В таких фанфиках отдельные элементы оригинала помещаются в совершенно новый контекст и сюжет.
- RPF, или фанфики об известных людях. В рамках настоящей работы подобные произведения рассматриваться не будут, поскольку они не являются производными произведениями. Лица, о которых идет повествование, могут защищать свою честь, достоинство и деловую репутацию по правилам ст. 152 ГК РФ.

В доктрине существует несколько точек зрения на правовую природу фанфиков. Так, отдельные авторы (Братусь Д. В.) признают фанфикшен плагиатом, тем самым лишая его статуса объекта авторского права⁶. С данной точкой зрения нельзя согласиться. Плагиат характеризуется намеренным присвоением авторства и/или выпуском чужого произведения под своим именем (ст. 146 УК РФ). Цель фанфикшена не в том, чтобы выдать

В ДОКТРИНЕ СУЩЕСТВУЕТ НЕСКОЛЬКО ТОЧЕК ЗРЕНИЯ НА ПРАВОВУЮ ПРИРОДУ ФАНФИКОВ. ТАК, ОТДЕЛЬНЫЕ АВТОРЫ (БРАТУСЬ Д. В.) ПРИЗНАЮТ ФАНФИКШЕН ПЛАГИАТОМ, ТЕМ САМЫМ ЛИШАЯ ЕГО СТАТУСА ОБЪЕКТА АВТОРСКОГО ПРАВА. С ДАННОЙ ТОЧКОЙ ЗРЕНИЯ НЕЛЬЗЯ СОГЛАСИТЬСЯ

себя за автора чужого произведения, а, наоборот, показать привязанность к оригинальному произведению, способствовать распространению его популярности⁷. Более того, нерелевантен аргумент Братусь об отсутствии художественной ценности произведений фан-творчества. Безусловно, некоторые фанфики лишены высокой культурной значимости, однако фанфикшен выступает важным способом научения и оттачивания литературных навыков для начинающих писателей. Тем более авторское право защищает любые произведения независимо от их достоинств и назначения (п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

Отдельные авторы называют фанфикшен «цифровым фольклором»⁸. Однако фанфики, в отличие от народного творчества, почти всегда имеют конкретных авторов. Но наиболее распространенным в российской доктрине является взгляд на фанфикшен как на производное произведение⁹. В целом, данная точка зрения представляется наиболее корректной, однако нуждается в некоторых уточнениях.

Под производным произведением понимается результат интеллектуальной деятельности, полученный в результате переработки (обработки,

⁵ Самый известный пример – роман «50 оттенков серого» Э. Л. Джеймс, который начинался как серия фанфиков по «Сумеркам».

⁶ Братусь, Д. В. Идеи в сфере исключительного права: от понятия к оборотоспособности и правовой охране // Д. В. Братусь // Проблемы использования объектов авторских и смежных прав в арт-сфере: Сборник материалов «круглого стола» / Под ред. З. Ш. Шахеримовой, Д. В. Братусь. – Алматы: Lex Analitik, 2017. С. 84.

⁷ Более того, в рамках социальных норм самих фандомов плагиат порицается. См. Fiesler, C. Everything I need to know I learned from Fandom: How existing social norms

can help shape the next generation of user-generated content // Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. 2008. № 10. P. 753.

⁸ Rebecca Tushnet. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law // Loy. L.A. Ent. L. Rev. 1997. № 17. P. 651, 656.

⁹ Семенюта Б. Е. Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. № 27. С. 118-127.

экранизации, инсценировки) оригинального произведения¹⁰. Скудость определений вызывает необходимость доктринального определения признаков производных произведений. Э. Гаврилов, например, выделяет в качестве характерной черты производных произведений «сохранение в них некоторых элементов формы первоначального произведения»¹¹. Между тем, как отмечает Гаврилов, заимствование лишь элементов содержания (идеи, концепции, сюжета) и написание произведения «по мотивам» другого признаваться переработкой не может. В литературе также выделяется такой признак производного произведения, как субъективное отношение автора к оригинальному произведению, при котором он сознательно заимствует ряд его элементов¹².

Переработка признается самостоятельным объектом авторского права, а ее создатель обладает всеми авторскими и исключительными правами, которые охраняются независимо от прав на произведение, на котором основано производное произведение (п. 4 ст. 1260 Гражданского Кодекса РФ [далее — ГК РФ])¹³.

Но необходимым условием обладания исключительными правами на такое произведение является соблюдение прав автора оригинала (п. 3 ст. 1260 ГК РФ). Право на переработку принадлежит только правообладателю оригинального произведения (п. 2 ст. 1270 ГК РФ), поэтому любая модификация произведения без согласия правообладателя является нарушением исключительных прав. Некоторые авторы, например Э. П. Гаврилов, критикуют данную норму, объявляя ее антиконституционной, поскольку право на создание нового произведения не может регулироваться законом¹⁴.

Кроме нарушения исключительных прав фикрайтер может посягать на личные неимущественные права автора. Автор оригинала обладает правом на авторство и имя, а также на

неприкосновенность произведения. В целом, фикрайтеры никогда не скрывают источник своего вдохновения, поэтому нарушение права на имя в контексте фанфикшена маловероятно.

Если право на имя вряд ли может быть нарушено фикрайтером, то неприкосновенность произведения может стать основанием для иска. Искажение, извращение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора выступают основанием для возникновения ответственности, в том числе по правилам ст. 152 ГК РФ. Право на неприкосновенность распространяется и на охраняемые элементы произведения. Данное право представляет особый интерес в контексте фанфикшена, в котором зачастую происходит переосмысление моральных норм и границ допустимого. Очень популярными являются фанфики, содержащие сексуальные сцены (маркируемые с помощью возрастных дисклеймеров NC-17, NC-21 и т.д.), а также иллюстрации различных фетишей, обозначаемых категорией kink. Например, в 1999 году в Японии автор порнографического фанфика по мотивам известной франшизы Pokemon был привлечен к ответственности за нарушение авторских прав на персонажей, поскольку фанфик был «разрушительным для имиджа Pokemon»¹⁵.

Несмотря на то, что Пленум Верховного суда РФ указал на то, что право на неприкосновенность произведения касается тех «изменений произведения, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося», большинство исследователей соглашались с тем, что автор произведения не лишается права на его неприкосновенность в отношении его переработок¹⁶.

Очень часто авторы фанфиков прибегают и к дисклеймерам, т.е. письменному отказу от ответственности за возможные нарушения. Однако дисклеймеры не имеют юридической силы и не могут предотвратить предъявление иска к авто-

¹⁰ Исторически понятие «переработки» выражалось через перечисление конкретных форм. См. п. 3 ст. 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9.09.1886 (далее — «Бернская конвенция»). [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/1900493>.

¹¹ Гаврилов Э.П. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: (Постатейный) / Гаврилов Э.П., Еременко В.И. — М.: Экзамен, 2009. С. 100.

¹² Довгалюк А. Переработка произведения vs «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения. URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/17/pererabotka_proizvedeniya_vs_parallelnoe_tvorchestvo_ponyatie_kriterii_razgraniчениya.

¹³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть 4) от 18 декабря 2006г. № 230-ФЗ (в ред. от 30.04.2021) // Российская газета. 2006.

¹⁴ Гаврилов Э.П. Указ. соч. С. 133. Между тем российские суды иногда отказывают производным произведениям в охране, ссылаясь на то, что право на их создание должно быть передано автором оригинала. См. решение Арбитражного суда Самарской области от 15.06.2015 по делу № А55-29993/2014Ю. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ He, T. What Can We Learn from Japanese Anime Industries? The Differences Between Domestic and Overseas Copyright Protection Strategies Towards Fan Activities // The American Journal of Comparative Law. 2014. № 62(4). P. 1014.

¹⁶ П. 87 Постановления Пленума ВС РФ №10 от 23.04.2019 г. Данная позиция вытекает из толкования ст. 6bis Бернской конвенции 1886г. См. Еременко В. И. К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений // Адвокат. 2010. № 7.

ОЧЕНЬ ЧАСТО АВТОРЫ ФАНФИКОВ ПРИБЕГАЮТ И К ДИСКЛЕЙМЕРАМ, Т.Е. ПИСЬМЕННУМУ ОТКАЗУ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ВОЗМОЖНЫЕ НАРУШЕНИЯ. ОДНАКО ДИСКЛЕЙМЕРЫ НЕ ИМЕЮТ ЮРИДИЧЕСКОЙ СИЛЫ И НЕ МОГУТ ПРЕДОТВРАТИТЬ ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ИСКА К АВТОРАМ ФАНФИКОВ ЗА НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ИЛИ ИСКАЖЕНИЕ ПРОИЗВЕДЕНИЯ

рам фанфиков за незаконное использование или искажение произведения. Тем не менее некоторые авторы считают, что дисклеймеры выполняют важную социальную функцию «выражения зова справедливости в тени закона» и самоидентификации в качестве члена определенного фандома¹⁷.

Тем не менее законодатель закрепляет ряд случаев, когда возможно использование оригинального произведения без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения. Эти основания императивно перечислены в ГК РФ в качестве способов «свободного использования произведений».

В литературе предпринимались попытки применить нормы о свободном использовании произведений в личных и учебных целях к фанфикшену, однако они не могут быть признаны успешными¹⁸. Использование в личных целях означает «последующее некоммерческое использование соответствующего экземпляра для удовлетворения собственных потребностей или потребностей обычного круга семьи этого гражданина»¹⁹. Предназначение фанфикшена состоит в совершенно ином – распространении произведения в кругу фанатов, в том числе путем его «до-

ведения до всеобщего сведения» в сети Интернет. Понятие «учебных целей» законом не раскрывается, однако очевидно, что фанфики создаются не для целей обучения (хотя косвенно могут удовлетворять данную нужду авторов)²⁰.

За неимением иных оснований авторы производных произведений зачастую вынуждены прибегать к ссылке на пародию. В доктрине «пародия» обычно определяется как произведение, высмеивающее другое произведение или его части²¹. Между тем провести грань между пародией и незаконной переработкой довольно сложно. В литературе предлагается множество критериев разграничения, которые могут быть сведены к нескольким главным.

Во-первых, пародийное произведение должно иметь творческий характер. Пародия имеет своей целью оригинальное произведение и должно быть направлено именно на него²². Во-вторых, пародия должна быть добросовестной, т.е. не порочить достоинство, честь и деловую репутацию автора оригинала и быть узнаваема в контексте оригинала. В-третьих, пародия не должна создавать неблагоприятный экономический эффект на оборот оригинального произведения. И в-четвертых, объем заимствования оригинального текста должен быть оправдан комической целью пародии²³. Классическим кейсом, в котором были использованы подобные критерии, считается дело «Тани Гроттер». Представители Д. Емца ссылались на то, что «Таня Гроттер» является пародией на текст Дж. Роулинг, содержащей в себе критическую оценку российской действительности. Амстердамский суд отверг этот довод, указав на то, что произведение Емца конкурировало на рынке с «Гарри Поттером», а также не имело мишенью для критики оригинальное произведение²⁴. В результате распространение «Тани Гроттер» как незаконной переработки было запрещено на территории Нидерландов.

В контексте фанфикшена представляется очевидным, что крайне малое количество фанфиков

¹⁷ Rebecca Tushnet. Opt. cit. P. 683.

¹⁸ Гурко А. Произведения фанатского творчества по авторскому праву России и США // Интеллектуальная собственность: авторское право и смежные права. – 2015. – № 3. – С. 12.

¹⁹ П. 97 Постановления Пленума ВС РФ № 10.

²⁰ В американской практике «учебная цель» использования должна быть первостепенной. См. Meredith McCordle. Note, Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's All the Fuss? // 9 B.U. J. Sci. & Tech. L. P. 7-8. 2003. P. 441.

²¹ Колосов В.А. Пародия в системе авторского права // Закон. 2013. № 9. С.125.

²² Постановление ФАС Московского округа от 28.01.2013 по делу No A40-38278/12-12-166. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.

²³ Колосов В.А. Указ. соч. С.126-131.

²⁴ Tania Su Li Cheng. The Power of Potter: Copyright Law and its Influence on Sequels and Parodies // Forum for Modern Language Studies, Volume 49, Issue 1. 2013. P. 9.



способны пройти «тест» на пародию. Большинство произведений фан-творчества не имеет своей целью высмеивание или социальную критику канонического произведения²⁵. Напротив, главный мотив фанатского творчества – выражение приверженности произведению и его поддержки²⁶.

В русскоязычной литературе не исследовалось соотношение фанфикшена и товарных знаков. Допустимо, что правообладатель товарного знака (в первую очередь речь идет о персонажах и их именах, зарегистрированных в качестве отдельных обозначений) может преследовать автора фанфиков за нарушение его прав. В англоязычной литературе особое внимание уделяется слэш-фанфикшену (описывающему гомосексуальные романтические отношения), который рассматривается многими правообладателями как «искажение» зарегистрированного обозначения²⁷. В российском правовом порядке нарушение права на товарный знак сводится к его неправо-

мерному использованию в коммерческих целях (ст. 1515 ГК РФ и ФЗ «О защите конкуренции»). Возможность преследования фикрайтеров по данному основанию крайне маловероятна (потому что они не преследуют коммерческих интересов), но ее нельзя исключать.

Мы видим, что действующее российское законодательство не учитывает в полной мере интересы авторов производных произведений и ставит их в крайне уязвимое положение. Несмотря на некоммерческий характер большинства произведений фанфикшена, их правовой статус находится вне закона, ибо формальных ограничений на предъявление иска к таким авторам нет. Существующий перечень способов свободного использования произведений является слишком узким и не позволяет в должной мере обеспечить баланс интересов крупных правообладателей и независимых авторов. Общественный интерес не может быть удовлетворен, если деятельность такого крупного

²⁵ Тем не менее отмечалось, что фанфикшен предоставляет платформу многим угнетенным группам и меньшинствам, использующим его в рамках социальной критики.

²⁶ Rebecca Tushnet. Opt. cit. P. 654.

²⁷ Meredith McCardle. Opt. cit. P. 28.

АМЕРИКАНСКАЯ ДОКТРИНА ТРАДИЦИОННО ИСХОДИТ ИЗ ТОГО, ЧТО ФАНФИКШЕН ЯВЛЯЕТСЯ ПРОИЗВОДНЫМ ПРОИЗВЕДЕНИЕМ. ОТВЕТ НА ВОПРОС, НАРУШАЕТ ЛИ ОН ПРАВА АВТОРА ОРИГИНАЛЬНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ, ЗАВИСИТ ОТ УСТАНОВЛЕНИЯ СУЩЕСТВЕННОЙ СХОЖЕСТИ (SUBSTANTIAL SIMILARITY) МЕЖДУ ДВУМЯ ПРОИЗВЕДЕНИЯМИ

сегмента пользовательского контента остается за рамками правового регулирования.

Для предложения путей реформирования российского законодательства целесообразно обратиться к зарубежной доктрине и судебной практике.

Американская доктрина традиционно исходит из того, что фанфикшен является производным произведением²⁸. Ответ на вопрос, нарушает ли он права автора оригинального произведения, зависит от установления существенной схожести (substantial similarity) между двумя произведениями. Суды толкуют существенную схожесть, исходя из субъективного восприятия публики²⁹. В большинстве случаев нарушение авторских прав фанфикшеном будет очевидно.

Главным средством защиты интересов фикрайтеров традиционно признается доктрина добросовестного использования (fair use)³⁰. § 107 Закона об авторском праве США предусматривает возможность использования произведений в целях критики, комментирования, освещения новостей и обучения³¹. Закон устанавливает лишь отдельные случаи добросовестного использова-

ния, оставляя судам широкую дискрецию в определении иных случаев. При анализе конкретного произведения суд принимает во внимание четыре фактора: цель и характер использования, существенность оригинального произведения, объем заимствования и влияние на потенциальный рынок.

Фанфикшен традиционно является некоммерческим видом творчества, что укоренено в субкультуре фикрайтеров³². Более того, фанфикшен выходит за рамки оригинала, использует новые темы и часто используется в целях социальной критики, сатиры и обучения³³. Таким образом, подавляющее большинство фанфиков являются «преобразовательными» работами. Фанфики не находятся на одном уровне с оригиналом, поддерживают популярность оригинального произведения, расширяют его аудиторию, поэтому их влияние на рынок канона преимущественно позитивное³⁴. Например, Paramount Studios активно поощряет деятельность фанатов «Звездного пути», которые поддерживают популярность франшизы на протяжении более полувека³⁵.

Несмотря на то, что фанфикшен, скорее всего, получит защиту под доктриной fair use, она не является панацеей. Во-первых, не все фанфики могут пройти тест на добросовестное использование. Во-вторых, необходимо помнить, что добросовестное использование заявляется ответчиком в качестве возражения в суде. У большинства фикрайтеров отсутствуют средства и опыт, чтобы самостоятельно защищать свои права в суде. Более того, процедура take down and notice, введенная Digital Millennium Copyright Act, позволяет удалять пользовательский контент без выяснения мотивов его использования.

Именно поэтому в доктрине идет разработка иных путей защиты авторов фанфикшена. Casey Fiesler предлагает развивать институт открытых лицензий Creative Commons — типовых лицензионных договоров присоединения, в которые

²⁸ Есть и совсем маргинальные позиции. Так, Henry Jenkins отмечает, что фанфикшен во многом схож с фольклором. Такую точку зрения однозначно нельзя принять. См. Rebecca Tushnet. Opt. cit. Pp. 651, 656.

²⁹ Susan Estes. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? P. 5. URL: at: <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper%20Final.pdf> (дата обращения: 20.04.2021).

³⁰ The Organisation of Transformative Works, известная некоммерческая организация, прямо придерживается такого подхода. Сайт организации. [Электронный ресурс]. URL: <http://transformativeworks.org>.

³¹ Copyright Act of 1976. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf>.

³² Fiesler, C. Everything I need to know I learned from Fandom: How existing social norms can help shape the next generation of user-generated content // Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. 2008. № 10. P. 748.

³³ Многими авторами отмечается, что фанфикшен используется маргинализированными группами для выражения собственного социального опыта. См. Meredith McCordle. Opt. cit. P. 7-8.

³⁴ Rebecca Tushnet. Opt. cit. P. 669.

³⁵ Ibid. P. 673.

может вступить любой желающий. Подобные лицензии призваны помогать авторам, желающим отказаться от ряда положенных им по закону привилегий, поскольку они понимают важность сообщества для популярности своих произведений. Например, лицензия CC BY-NC-SA позволяет соблюсти баланс интересов правообладателей оригинальных произведений и фикрайтеров. Согласно условиям данной лицензии лицензиат имеет право свободно использовать, распространять и адаптировать произведение при соблюдении трех условий: указание авторства, некоммерческий характер использования и сохранение условий лицензии. С. Fiesler считает такие лицензии весьма эффективными, поскольку они укоренены в социальных нормах внутри фандомов, а также отвечают требованиям цифровой эпохи, когда пользовательский контент выходит из-под контроля крупных правообладателей³⁶.

В качестве еще одного варианта решения проблемы ряд исследователей (Brittany Johnson) предлагают конструкцию «принудительного лицензирования» (compulsory licensing), экстраполируя ее на фанфикшен. Фанатский вебсайт может в судебном порядке требовать заключения лицензионного договора с правообладателем с отчислением последнему роялти за право размещения производных работ на сервере³⁷. Пользовательское соглашение на сайте, повторяющее условия лицензии, в свою очередь, будет распространяться на авторов, желающих размещать свои фанфики на сайте. В. Johnson отмечает, что такая лицензия открывает возможность сотрудничества оригинальных авторов и вебсайтов, на последних, например, может размещаться реклама мерчандайза (продукции, посвященной популярному фильму, книге и т.п.).

Между тем данное предложение имеет свои недостатки. В рамках принудительной лицензии предполагается, что лицензиат использует чужое произведение в целях получения прибыли (чем обосновывается отчисление им роялти)³⁸. Необоснованным видится и начисление автору

вознаграждения, когда его экономическим интересам нет никакой угрозы. Более того, данная процедура чрезвычайно сложна для независимых фикрайтеров, а также для тех, кто желает использовать свои работы в коммерческих целях.

В Японии наиболее распространенным видом фанфикшена является doujinshi, а именно манга или аниме, написанные по чужим персонажам. Ключевой особенностью doujinshi является их коммерческий характер – авторы продают свои фанфики на специальных конвенциях. Несмотря на их популярность, суды признавали их нарушающими исключительные права авторов³⁹. Между тем большинство правообладателей не вступают в споры с авторами doujinshi, поскольку те не представляют угрозу «вытеснения» оригиналов с рынка.

Закон об авторском праве в Японии следует положениям Бернской конвенции, также закрепляя право на переработку за автором произведения⁴⁰. Специфика японской творческой индустрии заключается в том, что большинство авторов осознают значимость фан-сообщества для развития своих произведений, поэтому на законодательном уровне закреплена возможность свободного использования опубликованных произведений в некоммерческих целях⁴¹.

Некоторые исследователи предлагают ввести на законодательном уровне категорию «преобразовательных прав» (interpretative rights) в целях успешного взаимодействия производителей оригинальных аниме и манги, с одной стороны, и фанатов, с другой стороны⁴². В такой парадигме фанфикшен, наряду с критикой и пародией, становится еще одним способом удовлетворения общественного интереса в оригинальных произведениях. Поскольку фанфикшен способствует продвижению канона и не конкурирует с ним, он обладает важной социальной функцией, а следовательно, должен защищаться правом⁴³.

Очевидно, что прямое перенесение доктрины добросовестного использования в Россию невозможно. Зародившись в рамках англо-саксонской

³⁶ Fiesler, C. Opt. cit. P. 756.

³⁷ Johnson, Brittany. Live Long and Prosper: How the Persistent and Increasing Popularity of Fan Fiction Requires a New Solution in Copyright Law // Minnesota Law Review. 2016. P. 1677.

³⁸ Leanne Stendell, Opt. cit. P. 1577.

³⁹ He, T. Opt. cit. P. 1013.

⁴⁰ Samantha S. Peaslee. Is There a Place for Us: Protecting Fan Fiction in the United States and Japan // 43 Denv. J. Int'l L. & Pol'y. 2015. P. 214.

⁴¹ Ibid. P. 214.

⁴² Noda, Nathaniel T. Copyrights Retold: How Interpretive Rights Foster Creativity and Justify Fan-Based Activities // Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law: Vol. 20: Iss. 1, Article 4. 2010. P. 135.

⁴³ Noda, Nathaniel T. Opt. cit. P. 153.

правовой системы, fair use основывается на широком судебном правотворчестве. Концепция «преобразовательных прав» также не имеет прямого аналога в российском праве, в котором все доступные исключения из авторских прав должны быть прямо перечислены в законе.

Представляется непрактичным создание отдельных норм, регулирующих фанатское творчество. Нет смысла и вводить легальное определение фанфикшена.

Между тем фанфикшен обладает набором некоторых общих характеристик, которые могут быть выражены в тексте закона. Наиболее перспективным видится реформирование института свободного использования произведений. Например, можно внести пп. 8 в п. 1 ст. 1274, которая бы выглядела следующим образом:

«1. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования:

<...>

8) создание произведений на основе другого (оригинального) правомерно опубликованного произведения в некоммерческих целях, если иное прямо не запрещено автором такого произведения».

Такая формулировка позволяет учесть интересы не только фанрайтера, но и правообладателя, который мог бы прямо запретить возможность создания производных произведений на основе своей работы. Более того, она полностью соответствует т.н. «трехступенчатому тесту», в соответствии с которым любое исключение из прав в определенных особых случаях

не должно наносить ущерб нормальному использованию произведения, а также необоснованным образом ущемлять законные интересы автора⁴⁵. Между тем реакция авторско-правового сообщества, скорее всего, окажется весьма резкой по отношению к такому законопроекту.

Развитие института открытых лицензий (ст. 1286.1 ГК РФ) также благоприятствует сотрудничеству правообладателей и фанрайтеров.

Лицензии Creative Commons, хотя и не распространены в России, признаются российскими судами⁴⁶. Главной проблемой является их низкая популярность среди авторов литературных произведений, не желающих так легко отказываться от ряда своих привилегий. Введение принудительной лицензии в России вряд ли возможно. Отечественное авторское право, в отличие от патентного, пока не сформировало устой-

чивую потребность в подобной конструкции.

Очевидно, что предложенные варианты не исчерпывают проблему фанфикшена. Ни один из них не является безусловно эффективным или верным с теоретической точки зрения. Те трансформации, которые претерпевает авторское право, выходят далеко за рамки фанфикшена, лишь подчеркивающего их отдельные аспекты. Тем более что само фанатское творчество все еще находится в процессе развития, заполучая все большую популярность с каждым годом. При этом отдельные выводы, сделанные в работе, могут быть полезными в рамках дальнейшего исследования феномена фанфикшена, который будет приковывать к себе внимание исследователей и в будущем.

**РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА
ОТКРЫТЫХ ЛИЦЕНЗИЙ
(СТ. 1286.1 ГК РФ) ТАКЖЕ
БЛАГОПРИЯТСТВУЕТ
СОТРУДНИЧЕСТВУ
ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ
И ФИКРАЙТЕРОВ. ЛИЦЕНЗИИ
CREATIVE COMMONS,
ХОТЯ И НЕ РАСПРОСТРАНЕННЫ
В РОССИИ, ПРИЗНАЮТСЯ
РОССИЙСКИМИ СУДАМИ**

⁴⁵ Кожемякин Д.В. Трансформация института свободного использования произведений в цифровую эпоху // Правоведение. 2019. Т. 63, № 1. С. 108.

⁴⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 05.10.2020 N C01-1007/2020 по делу N A03-21181/2018. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовые акты:

1. Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09.09.1886 (ред. от 28.09.1979). [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://docs.cntd.ru/document/1900493> (дата обращения: 20.04.2021).
2. Конституция США. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Text/cnstUS.htm> (дата обращения: 20.04.2021).
3. Copyright Act of 1976. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf>.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть 4) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 30.04.2021) // Российская газета. 2006.
5. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 05.04.2021 г.) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25.

Судебная практика:

6. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 г. N 10 г. Москва от «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». // Российская газета. 2019. № 96.
7. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 05.10.2020 N C01-1007/2020 по делу N A03-21181/2018. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.
8. Постановление ФАС Московского округа от 28.01.2013 по делу N A40-38278/12-12-166. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.
9. Решение Арбитражного суда Самарской области от 15.06.2015 по делу № A55-29993/2014Ю. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.

Научная литература:

10. Братусь, Д.В. Идеи в сфере исключительного права: от понятия к оборотоспособности и правовой охране / Д.В. Братусь // Проблемы использования объектов авторских и смежных прав в арт-сфере: Сборник материалов «круглого стола» / Под ред. З.Ш. Шакеримовой, Д.В. Братусь. – Алматы: Lex Analitik, 2017. С. 76–92.
11. Семенюта Б.Е. Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов // Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 27, март 2020 г. С. 118–127.
12. Гаврилов Э.П. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: (Постатейный) / Гаврилов Э.П., Еременко В.И. – М.: Экзамен, 2009. 978 с.
13. Довгалик А. Переработка произведения vs «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения. [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/17/pererabotka_proizvedeniya_vs_parallelnoe_tvorchestvo_ponyatie_kriterii_razgraniчениya (дата посещения: 14.05.2021).

[ponyatie_kriterii_razgr_anicheniya](#) (дата посещения: 14.05.2021).

14. Витко В. О признаках понятия «производное произведение» // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 9. С. 37–54.
15. Еременко В. И. К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений // Адвокат. 2010. № 7. С. 27–37.
16. Гурко А. Произведения фанатского творчества по авторскому праву России и США // Интеллектуальная собственность: авторское право и смежные права. 2015. № 3. С. 4–13.
17. Колосов В.А. Пародия в системе авторского права // Закон. 2013. № 9. С.120–132.
18. Кожемякин Д.В. Трансформация института свободного использования произведений в цифровую эпоху // Правоведение. 2019. Т. 63, № 1. С. 97–111.
19. Rebecca Tushnet. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law // Loy. L.A. Ent. L. Rev. 1997. № 17. Р. 651–686.
20. Stendell, Leanne. Fanfic and Fan Fact: How Current Copyright Law Ignores the Reality of Copyright Owner and Consumer Interests in Fan Fiction // 58 SMU L. Rev. 2005. Р. 1551–1582.
21. Fiesler, C. Everything I need to know I learned from Fandom: How existing social norms can help shape the next generation of user-generated content // Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. 2008. № 10. Р. 729–762.
22. He, T. What Can We Learn from Japanese Anime Industries? The Differences Between Domestic and Overseas Copyright Protection Strategies Towards Fan Activities // The American Journal of Comparative Law. 2014. № 62(4). Р. 1009–1042.
23. Meredith McCardle. Note, Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's All the Fuss? // 9 B.U. J. Sci. & Tech. L. Р. 7–8. 2003. Р. 441.
24. Tania Su Li Cheng. The Power of Potter: Copyright Law and its Influence on Sequels and Parodies // Forum for Modern Language Studies, Volume 49, Issue 1. 2013. Р. 1–19.
25. Susan Estes. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? URL: Available at: <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper%20Final.pdf> (дата обращения: 20.04.2021).
26. Johnson, Brittany. Live Long and Prosper: How the Persistent and Increasing Popularity of Fan Fiction Requires a New Solution in Copyright Law // Minnesota Law Review. 210. 2016. Р. 1645–1687.

Интернет-ресурсы:

27. The Organisation of Transformative Works. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <http://transformativeworks.org> (дата обращения: 04.05.2021).
28. Ficbook. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://ficbook.net> (дата обращения: 04.05.2021).

БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ
С ЮЛИЕМ
ВАЛЕРЬЕВИЧЕМ
ТАЕМ

Управляющим партнёром
адвокатского бюро «Бартолиус»



Беседовал
К. Киктенко

– Здравствуйте, дорогие читатели **President Law Journal**. Нашему журналу дает сегодня интервью **Юлий Валерьевич Тай, управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус»**.

– Здравствуйте.

– **Юлий Валерьевич, хотелось бы начать с вопроса касательно Вашего красноречия. Вы, наверное, не побоюсь этого слова, главный златоуст России. И среди юристов, наверное, я не назову Вам равного в ораторском искусстве. Как Вы столь мастерски излагаете свои суждения, мысли? Ведь универсальные советы: больше читать, особенно классической и научной литературы; больше выступать, – по-моему, не работают, потому что все читают, все много выступают: и представители, и преподаватели, но столь ярко и красочно выступаете только Вы.**

– Во-первых, спасибо. Я думаю, «слухи о моей смерти сильно преувеличены», как говорил Марк Твен. Насчет «златоустовости» – это вопрос усилий, навыка, безусловно. И это давнишняя дискуссия: еще Цицерон и Сократ заочно беседовали о том, является ли это врожденным даром или плодом труда и усилий. Цицерон утверждал, что поэтами рождаются, а ораторами становятся. И я придерживаюсь этой позиции. Я считаю, что, безусловно, должна быть какая-то склонность, она касается и физиологических каких-то особенностей; это и голос, это и, собственно, умение звукоизвлекать – это тоже, кстати говоря, и талант, и умение одновременно. Я, допустим, практически всю свою жизнь так или иначе занимался вокалом и сейчас иногда музицирую. И я очень много художественно читаю, прежде всего своим детям. Было время, я и просто посторонним людям читал вслух и поэзию, и прозу. Умение интонировать, артикулировать, четко выражать свою мысль – это в общем-то часть какого-то артистического мастерства, это нарабатываемо, это

не берется из ниоткуда. Но это техническая часть, она важна, но ее нельзя ни в коем случае переоценивать. Основная составляющая – это, безусловно, контент, то есть смысловое наполнение. А тут в общем-то работает это правило, хотя Вы о нем так с пренебрежением сказали, что вроде бы все выступают, ну все – да, но все разного качества. Дело в том, что в каждом из компонентов, о которых Вы говорили, есть много всяких деталей. Знаете, как дьявол кроется в деталях, во-первых, а есть еще хорошее выражение: «Люблю, но в каждой любви есть много еще чего». Вот так и здесь: есть много еще всяких деталей. Например, не превращая в лекцию, но тем не менее отвечая на ваш вопрос четко и однозначно, я могу Вам сказать следующее: во-первых, важно не просто читать, важно читать только хорошую литературу. Потому что плохая литература, наоборот, засоряет ваш мозг, ухудшает мышление, ухудшает ваши слова, которые вы можете использовать. Поэтому важно читать именно хорошую качественную литературу. Во-вторых, как читать – это тоже имеет большое значение. Например, когда я читаю литературу, я подмечаю слова, выражения, какие-то крылатые слова, фразеологизмы и прочее. Я что-то могу даже записывать себе в телефон прямо сходу, могу фотографировать страницы, могу просто для себя это запомнить. Причем здесь для меня главной, скажем, отличительной особенностью является то, что человек запомнит. Вот меня тоже спрашивают, откуда я знаю столько крылатых фраз. На самом деле это и сложно, и просто одновременно. Дело в том, что я не помню и не знаю все фразы, которые встречаю. Если бы я их знал, то я был бы ходячим словарем афоризмов. Но на самом деле я запоминаю только то, что мне ложится на душу. Поэтому я никогда не читаю словари афоризмов как таковых, потому что это мне точно не запоминается. Я когда-то практиковал, пытался так делать, но понял, что это абсолютно неэффективно, потому что они там слишком сильно сконцентрированы, поэтому они и не запоминаются. Когда ты читаешь настоящую художественную качественную литературу, то тогда они попадают на каждой 50-й, условно говоря, странице, и тогда они тебе заходят, они заходят контекстуально, они заходят применительно к какой-то ситуации, когда ты их отмечаешь, запоминаешь и говоришь: «Как это красиво сказа-

но!» Вот я, например, читаю Салтыкова-Щедрина «Пошехонскую старину», и там про одного из героев Михаил Евграфович, вполне метко замечая, какой он злодей, говорит: «Он хранил свою душу в чернильной непорочности». Ну, Вы понимаете: такое выражение нельзя не запомнить, оно совершенно потрясает своей точностью, краткостью, ёмкостью словоупотребления. Поэтому оно и запоминается. И это в общем-то касается всего остального. Поэтому чтение чтению рознь. Это первое.

Второе – «все выступают», ну, допустим, далеко не все выступают. Я, слава богу, 16 лет преподаю в вузе и знаю, как это происходит в каждой группе. Есть люди, которые выступают, а есть люди, которые сидят за спинами других, стараются этого не делать. Некоторые участвуют во всяких Ломоносовых, муткортах – в каждой бочке затычка. И ваш покорный слуга, когда был студентом, был таким же. Другое дело, что у нас все было по-другому, у нас не было никаких муткортов, но тем не менее я находил себе места, где бы я мог выступать. И эта вещь нарабатывается. И мои партнеры, которые меня знают 21 год, если бы Вы ин-

тервьюировали их, а не меня, и спросили бы у них про меня, они бы Вам сказали, что я в общем-то всегда мог выступать. Но то, как я говорю сейчас, и то, как я говорил 20 лет назад, – это совсем не одно и то же. Я могу складно слагать мысли, я в суды хожу с 98-го года, и в те юные годы я тоже некоторых удивлял тем, как я четко выражаю мысль. Но повторяюсь, если меня сравнивать с самим же собой, то, безусловно, это было бы слабое подобие или такая тень по сравнению с тем, что я представляю сейчас. И надеюсь, что с годами прогресс будет продолжаться. По крайней мере он будет продолжаться до тех пор, пока я буду прилагать усилия. Поэтому когда вы выступаете, вы должны к каждому выступлению подходить предельно серьезно, вы должны точно и тонко продумывать, что вы хотите сказать. И всегда должна

быть широкая подготовка. Основная проблема у выступающего, у молодых особенно, заключается в том, что они готовятся ровно к этой теме. Они думают, что красота и погружение даются и достигаются хорошим изучением данного вопроса. Грубо говоря, если вы выступаете по корпоративному праву, то вы как бы готовитесь к корпоративному праву. Но на самом деле хороший выступающий готовится намного шире. Он в принципе должен представлять собой глубокую эрудицию и погруженность в этот предмет. И если это так происходит, то он, выступая, здесь приведет какой-то пример, здесь – какой-то случай, здесь расскажет про конституционное право, здесь еще

что-то, если это уместно. Любые аллегории, сравнения, сопоставления появляются тогда, когда человек в действительности осведомлен на порядок больше, чем он хочет сказать. То есть высказать на 100% из 100, которые вы себе заготовили, – это, во-первых, невозможно, а во-вторых, чтоб выступить на 100%, надо знать 500% от того, что вы скажете. И не надо думать, что когда я выступаю, даже если вам понравилось мое выступление, даже если мне самому оно понравилось, не

надо думать, что я сказал все, что я мог бы сказать. Это невозможно. КПД, конечно, не как у паровоза, но он всегда ниже 100%, кратно. Поэтому чтобы получилось хорошо или лучше, чем хорошо, надо быть бесподобно подготовленным, то есть вот этот мультипликатор надо всегда иметь в виду. Поэтому если люди готовятся просто к хорошему выступлению, то получается среднее или плохое. Для того, чтобы выступить хорошо, надо быть безупречным, и тогда с учетом понижения этого коэффициента все равно получится хорошо. Вот если так общо говорить. А дальнейшие любые вещи, что бы я ни сказал, это не даст никакой возможности. Вот у меня есть любимое выражение в этой части, о навыках. Отличие реального прокаченного скилла от теоретического понимания, как это происходит, – это бильярд. Знаете, нет ничего

”

**ЦИЦЕРОН УТВЕРЖДАЛ,
ЧТО ПОЭТАМИ
РОЖДАЮТСЯ,
А ОРАТОРАМИ
СТАНОВЯТСЯ.
И Я ПРИДЕРЖИВАЮСЬ
ЭТОЙ ПОЗИЦИИ**

проще: вот шарики и палочка. Берешь палочку, бьешь по шарiku, он ударяет другой шарик, и тот попадает в лузу. Теоретически нет более примитивной и глупой игры. Но вы попробуйте это сделать – вот так и во всем остальном. Теоретически понятно, как это делается, но чтобы это сделать, нужны долгие годы тренировок. Или как в моем любимом анекдоте про англичан: «Мы делаем все так, почему у нас не получаются такие же газоны?» Говорит: «Вы не дослушали самого главного: и так 300 лет подряд». Вот только когда вы делаете так с газоном 300 лет подряд, тогда получается безупречный английский газон. Может, и не 300 лет: 3 года, 33 года, и тогда будет получаться. Люди торопливые, и все время им хочется, чтобы все уже завтра получилось. Но в жизни так не бывает.

– Хорошо. Вы, в отличие от многих партнеров юридических фирм, совмещаете не только управление своим адвокатским бюро, но Вы еще и преподаете, а также ведете активную публикационную, научную деятельность. Вот как Вы успеваете все это делать, где Вы находите 48 часов в сутках?

– Это тоже преувеличение, прямо Вам скажу. Когда меня спрашивают: «Как Вы успеваете?», я говорю: «Вы лучше спросите, как я не успеваю». Вот то, что я говорил только что, это точно так же применимо и к этому ответу. То есть я планирую всегда на 200% от времени, имеющегося у меня. И в результате, получается, выполняю около 100%. Когда ты планируешь 100% – делаешь 50%. Планируешь 50% – получается 20%, да. Если вы хотите, чтобы ваши слова совпадали с вашими делами, молчите и ничего не делайте, то есть это удел людей ленивых или нежелающих чего-либо менять: человек ничего не делает и ничего не успевает. Я очень много знаю людей, у которых вообще в жизни ничего не происходит, и они все равно ничего никогда не успевают. Поэтому неуспевание – это, наверное, наша общая проблема, но просто кто-то не успевает от 200% своего «капасити», а кто-то не успевает от 10%. В результате получается: кто больше старается – тот больше успевает.

Что касается совмещения, для меня смена деятельности – это защита от выгорания, это просто такое жизненное любопытство, мне до многого есть дело и мне это интересно. Вы еще не ска-зали, когда задавали вопрос, что я очень много

времени трачу на благотворительность в широком смысле слова, не имея в виду просто мои донаты и пожертвования, это отдельная история и более интимная составляющая. А что касается организации, то я вхожу в попечительские советы и в управляющие советы минимум четырех благотворительных фондов. Два из них я, по сути, создавал с самого начала. Это тоже занимает мое время, и это не просто формальное вхождение, а я там работаю, решаю проблемы, задачи, придумываю какие-то варианты. Если Вы спросите моих коллег, они Вам могут рассказать о том, какой я вношу вклад. И повторюсь, это защита от выгорания, это защита от того, чтобы менять сферы деятельности. Да, действительно, многие мои коллеги начали с юриспруденции, сейчас стали чистыми управленцами, не ходят в суды. Вот я так тоже не могу и не могу не потому, что не хочу. Я не могу стать просто управляющим партнером, который не ходит в суды, потому что тогда для меня эта деятельность не имеет никакого смысла. Тогда мне проще вообще уйти из практической юриспруденции и заниматься наукой, заниматься филантропией и еще чем-нибудь, ну то есть я тогда буду заниматься чем-то другим, потому что для меня быть управляющим партнером, не ходящим в суды, – это профессиональная смерть в части практической юриспруденции. Потому что самое интересное и то, что приносит самое большое удовольствие, – это судебные тяжбы, это литигация, это сам процесс состязания, это то, что так хорошо описывается классическими авторами, демонстрируется в фильмах, собственно, нерв и струна нашей жизни, то есть то, без чего мне все остальное вообще не интересно. Наука точно так же. Наука мне сама по себе не интересна. Она для меня всегда мертва сама по себе, то есть для меня наука права, если я его не практикую, она не то чтобы не ценна, она для меня лично не ценна. Наука, безусловно, бесценна, она важнее, нужнее, потому что я вот победил в этом деле, даже создал прецедент Верховному суду, это все прекрасно. Но тот, кто пишет, например, Артём Георгиевич Карапетов, который написал там Глосу или какую-нибудь книгу, он намного больший вклад внес в глобальный процесс. Да, я спас, защитил конкретного человека – и это очень здорово. Но он как бы решает вопрос мироздания, что называется криком в историю. Да, то есть это

заявка на бессмертие, такое истинное бессмертие. И поэтому это важно, нужно, но, во-первых, таких ученых довольно немного, а во-вторых, повторюсь, для меня это важно, когда это сопрягается с практической деятельностью. Просто так играть в бисер, что называется, просто перекладывать какие-то умственные конструкции и так далее лично для меня, для моего психотипа, для моей энергетики – это неприемлемая вещь. То есть просто запереться в четырех стенах и просто писать книгу, статью или что-либо другое мне не интересно. Для меня это интересно, когда это перемежается с практической деятельностью. Я хожу в суды, общаюсь с людьми, и на основе этого у меня возникают, а точнее пытливым мой ум рождает какие-то мысли. А почему это так? А почему это вот эдак? А почему мы до сих пор топчемся вот здесь, хотя очевидно, что надо продвинуться туда? То есть для меня и наука, и статьи – это всегда отправная точка в жизни, я из жизни беру, причем не всегда линейно. Не в смысле, что я сейчас иду, как говорится: «Утром в газете, вечером в куплете». Не в том смысле, что вот сегодня я рассматриваю спор о суррогатном материнстве,

а к вечеру я написал статью о суррогатном материнстве. Нет, абсолютно. Я рассматриваю кейс, например, о чести, достоинстве и деловой репутации, а меня заинтересовал вопрос процесса, я думаю – почему это вот так? И написал статью или написал главу в монографии или комментарий к какой-то главе Закона или Кодекса и т.д. То есть логика ровно такая. Отправная точка – жизнь, которая побуждает меня к исследованию. Потому что на практике настолько глубокие и серьезные исследования не требуются. Это плохо, хорошо ли, мы можем долго это и подробно обсуждать, но жизнь устроена так, что в практической деятельности ни под один кейс не нужно писать монографию на 600 страниц. Ну то есть

чем бы вы ни занимались, никакое дело, даже супервеликое, на миллиарды, на квадриллионы, оно не побудит вас само по себе к написанию монографии на 600 страниц. 600 страниц можно написать, только если это в вас действительно задело какую-то струну, какую-то вашу мозговую деятельность и побуждает вас к написанию. Ну вот у меня путь не от теории к практике, а от практики к теории, скажем так.

И, естественно, с этого, наверное, надо было начинать: есть еще дети, семья, и им тоже надо

уделять внимание, поэтому вся жизнь человека и такого человека, как я, это постоянная неудовлетворенность самим собой, когда ты бегаешь по этому многоугольнику. На работе ты думаешь, что ты тратишь время в практической адвокатуре на науку; в науке ты понимаешь, что ты не успеваешь сделать что-то или начал что-то писать, но не дописал и потом бросил, а через год, через два это доделываешь, а иногда оно так и лежит мертвым грузом. Ну и так далее, да, в благотворительности ты понимаешь, что вырываешь кусочек, а можно было бы и поподробнее заниматься, и вот так постоянная неудовлетворенность внутри тебя

кипит, но, может быть, это и стимулирует, и побуждает к дальнейшей активности. По крайней мере насыщения и такого, знаете, чванливого спокойствия и уверенности, что все у меня очень хорошо и у меня все получается, нет никогда. То есть это такая ненасытность, и благодаря такой деятельности никогда нет ни в чем 100% удовлетворения, а от этого исчезает пресыщенность, точнее даже не может появиться пресыщенность.

– Задам два вопроса в одном: Вы сказали, что Вам нравится ходить в суды. Разделяете ли Вы такое же упадническое настроение, которое охватило юридическое сообщество в последние годы ввиду известных событий? И

”

**ОСНОВНАЯ ПРОБЛЕМА
У ВЫСТУПАЮЩЕГО,
У МОЛОДЫХ ОСОБЕННО,
ЗАКЛЮЧАЕТСЯ В ТОМ,
ЧТО ОНИ ГОТОВЯТСЯ
РОВНО К ЭТОЙ ТЕМЕ.
ОНИ ДУМАЮТ,
ЧТО КРАСОТА
И ПОГРУЖЕНИЕ ДАЮТСЯ
И ДОСТИГАЮТСЯ
ХОРОШИМ ИЗУЧЕНИЕМ
ДАННОГО ВОПРОСА**

когда Вы ходите в суд, и буквально приходится убеждать разные стороны процесса в своей правоте, не устаете ли Вы объяснять сложные вещи, зная, что, допустим, это не найдет отклика в их душе? Потому что было такое, допустим, политическое решение и здесь правовые доводы по большей части бессмысленны.

— Нет, я не вижу в этом бессмысленности, и в вопросе уже в каком-то смысле содержится ответ. Или точнее искажение действительности в вопросе. Вы всегда предполагаете, задавая такой вопрос и формулируя его так, как будто бы это все заведомо обречено и заведомо не определено. А это на самом деле не так. Очень многие кейсы являются политизированными, общественным резонансом. Но жизнь и мой личный жизненный опыт показывают, что очень часто в действительности совсем не то, что на самом деле, как писал знаменитый сатирик. Здесь получается так, что вам, обществу, всем кажется, что здесь нет никакого шанса, и это не получится, а в действительности что-то получается. Много получается, меняется, иногда можно, что называется в баскетболе, «перевисеть»: понимаете, что вы в процессе не тянете, не даете беспределу свершиться за секунду, за мгновение, просто процедурно, процессуально или еще как-то затягиваете, а потом шаг — и шах и мат, и кто-нибудь да умер, и уже, собственно, это утеряло актуальность, теперь это неважно, и оно переходит на другие рельсы, более законные. Я бы, конечно, покривил душой, если бы сказал, что никогда потом в результате так не происходит, я просто говорю, что нет такой однозначной обреченности, стопроцентности негативного стечения обстоятельств. Иногда так и происходит: все думали, что будет беззаконие и в результате невиновный человек окажется на долгий срок в тюрьме; или взыщут необоснованно то, что не должны были бы взыскать, а было принято политическое решение, и суд просто делает вид, симулирует процесс, а на самом деле все уже решено, predetermined и на флешке написано, а сам он может месяцами создавать вид бурной деятельности и так далее. Если Вы у меня просите, бывало ли такое в моей практике, я скажу, что бывало. Скажу больше того, не без ложной скромности, я последние долгие годы принимаю участие уже во всех процессах, они почти все такие. То есть здесь

уже, так сказать, неизбежность, когда человек находится в мидл-классе дел, то у него то законные, то незаконные, потому что дела простые, рядовые, средние и так далее. Когда ты начинаешь играть в высшей лиге, то уже в общем-то простых кейсов просто априори нет, и поэтому ты на каждый идешь, как на Голгофу, и в каждом есть какой-то элемент безнадёги, казалось бы. Но тут я исхожу из позиции нашей профессии, миссия адвокатуры заключается в том, чтобы никогда не терять самообладание, — это первое, быть всегда готовым ко всему, готовиться к худшему, надеяться на лучшее, и самое главное — ожидание плохого должно приводить не к пассивности, не то что руки плетями обвисают вдоль тела, а наоборот — это гиперстимул. Поскольку ухудшить невозможно, ну то есть и так уже все плохо, это, знаете, как самые крутые хирурги-травматологи после войны, лучше них нет. И они таковые не в силу профессии, а в силу войн. У них перманентно так или иначе часто бывают войны. Почему? Потому что приходит огромное количество практики. Этот взорванный, этот стреляный, этот разможенный и так далее. Такие травмы в быту, в обычной жизни — один раз в год, к счастью, что так редко. А на войне это постоянно, в боях, в столкновениях и так далее. И ты режешь, шьешь, латаешь, приделываешь что-то на ходу, к тебе интуиция приходит. И чем сложнее вот эта военно-полевая медицина, тем потом более хорошим травматологом ты становишься. Вот так и здесь. Когда кейсы у тебя все уникальные и все сложные, ты уже ничего не боишься, ты просто делаешь и делаешь, понимая, насколько все против тебя. И поэтому ты понимаешь, что можно работать только на максимум. Повторюсь, это как вопрос пессимисту и оптимисту: наполовину пустой стакан или наполовину полный. Кто-то берется за перспективное дело и перестает что-либо делать — ну потому что какая разница, «от меня ничего не зависит», — говорит он. А кто-то, и я один из таких, говорит: «Вот именно потому что шансов почти ноль, надо просто выпрыгнуть из штанов и сделать невозможное». Тогда, может быть, получится. Потому что дело не рядовое, и надо прилагать сверхусилия. И ты их прилагаешь, и жизнь показывает, что это помогает. Повторюсь, не во всех случаях, может, даже меньше чем в 50% случаях. Это во-первых, а во-вторых, есть еще другая

вещь. Вот что такое результат? Например, моему доверителю грозит 20 лет тюрьмы. В результате он получит 9, а он вообще ни в чем не виноват. Это ужасно, это просто то, о чем в книгах пишут, я даже не понимаю, как это в человеческое сознание вмещается. Но, с другой стороны, он мог бы получить 20, а получил 9. И тут уже сказать, что я зря потратил 2 года жизни на это... Нет, наверное, нет. Ну я по крайней мере так это не трактую. Тот же самый процесс с государством: требование на 100 миллиардов. В результате вы проиграли и взыскали только 97 миллиардов, можно сказать: «Нууу, 3 миллиарда, да что там». А с другой стороны: а кто из тех, кто это произносит, выигрывал 3 миллиарда у государства? Значит, наверное, я все-таки хлеб свой не зря съел. Вот эта микропобеда тоже чего-то стоит. И не делая ничего, было бы 100, а так 97. По сравнению с сотней вроде бы это издевательство. «Да, это на уровне погрешности», – как угодно можно говорить. Но эта погрешность – это тоже жизнь, это тоже деньги, это тоже судьбы, это тоже много от чего зависит. Или, например, обвиняли 10 человек, а в результате обвинили двоих. То есть здесь очень много различных вещей, а самое главное – это как старый знаменитый спор Лохвицкого и Джаншиева. Можно ли браться за дело, где заведомо ваш клиент виновен? Вот почему я против Джаншиева, хотя я его очень уважал, естественно, и сейчас уважаю, он написал много достойного. Но мне кажется, он морализаторствует, приписывая себе самый недопустимый грех – грех гордыни, думая, что ему заведомо что-то известно. А эта вещь совершенно никогда не очевидная. Поэтому вот так махать шашкой с самого начала и говорить: «оно бесперспективно», или «он, конечно, виноват», или «он, конечно, прав»... Когда мне было 20 лет, я был на 10 порядков более категоричным, чем сейчас, сейчас я уже намного менее категоричен. Думаю, пройдет время, если Бог даст мне прожить еще 20 лет, я буду еще менее категоричен. И это не уста-

лость, не старость, это не плохое. Это именно мудрость и свой собственный жизненный опыт, когда ты понимаешь, как все в жизни неочевидно и как все в жизни непросто. Но с другой стороны, я не призываю молодежь отказаться от категоричности, потому что, как говорил Черчилль: «Кто не был в молодости либералом, у того нет сердца, а кто не стал к старости консерватором, у того нет мозга». Поэтому понятно, что блажен тот, кто смолodu был молод, блажен тот, кто вовремя созрел. У каждого возраста свои порывы, не надо быть 20-летним дедушкой. Но с годами ты все равно неизбежно приходишь к пониманию того, что нет ничего заведомо нам определенного, и эту определенность жизненную мы создаем во многом рукотворно. Разумеется, не на 100% от

нас зависит, но твоя задача – сделать максимум из того, что в твоих силах. «Делай, что должно, и будь, что будет» – вот такой девиз, такой лозунг должен быть у любого адвоката. И самое последнее: адвокаты и юристы вообще не имеют права на отчаяние, потому что если мы отчаемся, если мы

”

ДЛЯ МЕНЯ БЫТЬ УПРАВЛЯЮЩИМ ПАРТНЕРОМ, НЕ ХОДЯЩИМ В СУДЫ, – ЭТО ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ СМЕРТЬ

ни во что не верим, то что делать нашим доверителям? Представьте себе, у человека какая-нибудь сложная онкология или сложные переломы, и он приходит к врачу, а врач начинает закатывать глаза, биться головой об стену, плакать, говорить: «Ну почему мне все не везет? Такая сложнейшая онкология, ну как же так!» А пациенту тогда какво? То есть мы просто лечим, а это их тела, это их жизни, это их судьбы, им тогда какво? Поэтому мы должны быть в стоическом спокойствии. Конечно, нельзя обманывать, нельзя создавать ложных иллюзий, надо говорить: «У вас очень тяжелая ситуация, у вас действительно тут все очень плохо, вот так и так...» Не надо человека обманывать, не надо манипулировать, это все этически небезупречно. Но надо говорить как есть, дальше принимать усилия и в хорошем смысле обнадеживать именно в той линии, в которой это действительно возможно, и дальше это



реализовывать. Вот такой ответ, наверное, длинный, но короче сказать здесь довольно трудно.

– Хорошо, в таком случае можете рассказать нашим зрителям, как Вы готовитесь к процессу? Младшие юристы могут взять на себя документооборот по делу? Или же Вы никому не доверяете и ведете дело от начала и до конца самостоятельно? И как бы Вы могли посоветовать начинающему юристу: можно ли делегировать части из своего судебного процесса?

– Знаете, и можно, и нельзя, я бы так сказал. Я предполагаю, что это зависит от кейса. Если кейс предполагает возможность рассмотрения отдельно взятых элементов, то в целях экономии, в целях специализации можно поделить дело. Есть такая метода, есть такой механизм. Если много-эпизодное, сложное дело со сложной фактурой: здесь речь идет об одном, тут о другом, – тогда у каждого свой блок: один отвечает за процесс, второй за одну часть, третий за собирание доказательств – так можно делать. И кто-то это курирует, у кого-то это все в одной голове сходится, ну в моем случае – в моей голове. Сказать, что я

не делегирую, было бы неправдой. Но, с другой стороны, передавать довольно трудно, потому что тогда теряется то, что в процессе у нас называется непосредственностью, непосредственным принципом исследования доказательств. Судья все должен исследовать непосредственно, это в идеале, но, как мы понимаем на практике, этот принцип работает так себе. Почти везде в мире, а уж в России категорическим образом, непосредственность нарушается в каждом процессе, где не 3 листочка, а более-менее сложные дела, но адвокат себе этого позволить не может. Есть хорошая фраза: «Хочешь сделать прекрасно, сделай сам». Любое делегирование лишает тебя возможности ознакомиться и сделать вывод. Ведь если ты делегируешь это какому-либо коллеге, то он смотрит на дело своими глазами, и ты видишь фактуру, доказательства, обстоятельства, правовые суждения его глазами. А если бы ты посмотрел сам... Ведь что такое стаж, опыт, для чего на Западе и в Англии есть понятия «трехлетний адвокат», «пятилетний адвокат», «двадцатилетний», как коньяки, знаете, и дороговизна, и ставки, и все вообще растет. Это не просто так, если, конечно, человек не просто сидел на стуле 20 лет,

а если он работал 20 лет, то это совсем не тот человек, который был там, когда у него было 3 года стажа. Потому что уже нарастает какая-то интуиция, какие-то сверхзнания, которые ты уже до конца даже не помнишь, откуда ты их взял, у тебя уже совершенно другой взгляд и представление о тех же самых документах. У меня такое очень часто бывает, когда мне приносят дела, обращения в Верховный суд, или в Конституционный суд, или в первую кассацию, а до меня уже десятки юристов смотрели и никто этого не видит. Я смотрю и говорю: «А почему вы вот на это не обратили внимания? А почему вот этого не сказали?» И это не вопрос моей гениальности, дело в том, что люди находятся в шорах своего сознания, замыливается взгляд, иногда нужен просто свежий взгляд, и хорошо, если этот свежий взгляд еще и опытный. Так вот когда ты делегируешь, то ты неизбежно уже делаешь ситуацию неидеальной, потому что человек тебе доложил, ты сказал разобраться в этом вопросе, к тебе пришли и говорят: «Да, мы разобрались, вот есть такая, такая, такая позиция».

Ты отвечаешь: «Хорошо, из этих трех суждений вот это легковесное, это нам не пойдет, это двусмысленное, потому что вот тут мы лечим, вот тут калечим, а вот это — да, отличный довод». И как бы вроде все сработало. Но есть одно маленькое «но»: если я сам посмотрю это с нуля, то получится, что я обращаю внимание, что там есть и пятое, и шестое, и седьмое, и они намного важнее того, что нашел юрист, младший юрист. Но без делегирования в некоторых делах совсем невозможно, это тоже правда, они слишком большие, слишком насыщены фактурой и прочее. Но по-настоящему хорошо можно сделать, только если ты сам этим занимаешься. Потому что если происходит эта потеря, реальная, на кончиках пальцев, вот это прощупывание, то, что называется у врачей пульсацией, надо иногда на ощупь это все знать, и это

очень помогает в процессе. Когда ты безупречно осведомлен в фактуре, то в ходе процесса, опять же твой процессуальный опыт, навык состязания, как у борцов или у боксеров, буквально одно раскрытие, одна пропущенная рука, нога, сразу на болевой, сразу гильотина, бросок и все, на секунду ты расслабился — и все. Вот так вот и у адвокатов, если я реально осведомлен о всех материалах дела, если я знаю все детали, и человек открылся буквально на секунду, что-то не так сказал, одну минимальную ошибку допустил, я его

сразу на этом поймаю и все, удушающий прием, который приведет к победе. Это я не теоретически говорю, за каждым моим словом есть конкретные кейсы, где человек ошибся, «спижонил», просто не то сказал, не на то указал, оговорился, даже какая-нибудь фрейдистская оговорка, и ты знаешь, откуда взялась эта ошибка, потому что ты сам от начала до конца все дело знаешь, ты говоришь: «Секундочку... Вот то, что Вы сказали, Вы же, наверное, знаете, почему он так сказал? Потому что...» И ты начинаешь обратным счетом это разматывать, заводить

в логово врага и показывать, в чем проблема. И судья говорит: «Ох ты, вот оно оказывается как!» И все меняется. А если ты дела не знаешь, а просто пришел на процессуальную часть, такое тоже бывает, и я участвую иногда в процессах, где моя задача, поставленная клиентом, состоит в том, чтобы я был говорящей головой, грубо говоря. И это тоже имеет значение, не в том смысле, что это бессмысленно, то есть меня можно пригласить на выступление, когда есть полностью сформированная правовая позиция, есть три дня на подготовку. Я погружаюсь, но я не могу, естественно, сделать так, будто я реально два года веду дело, ведь я в нем три дня, — конечно, я не смогу погрузиться так, как надо было бы погрузиться, если бы я два года этим занимался. Но я могу свою часть отработать и отработать ее хорошо. Но это уже



**КОГДА ТЫ НАЧИНАЕШЬ
ИГРАТЬ В ВЫСШЕЙ ЛИГЕ,
ТО УЖЕ В ОБЩЕ-ТО
ПРОСТЫХ КЕЙСОВ ПРОСТО
АПРИОРИ НЕТ, И ПОЭТОМУ
ТЫ НА КАЖДЫЙ ИДЕШЬ,
КАК НА ГОЛГОФУ,
И В КАЖДОМ ЕСТЬ
КАКОЙ-ТО ЭЛЕМЕНТ
БЕЗНАДЁГИ, КАЗАЛОСЬ БЫ**

ситуация, опять же мультипликация неидеальности. То есть идеально – это когда ты всё сам, два года в процессе, все детально знаешь, вот это максимальный результат. Если ты не до конца знаешь, если ты просто говорящая голова – от хорошего опытного литигатора польза в процессе тоже, конечно, будет – это уже, конечно, не то, что должно было бы быть в идеале.

– А доверители Вам часто лгут?

– Постоянно.

– И Вы их ловите на этом?

– Нет, я их не ловлю, я это обнаруживаю, это выясняется в процессе ознакомления с материалами дела, общения с экспертами, со свидетелями, с оппонентами в судах и прочее. Вы знаете, это перманентная вещь. Вообще, наверное, самый огромный объем лжи, который я в своей жизни получил, я получил от моих доверителей. Это происходит по двум причинам. Некоторые вещи – это умышленная ложь, потому что они думают, что я не поверю, или – я только что говорил про спор Лохвицкого и Джаншиева, – что вдруг если я буду знать, что они плохие, то я не возьмусь за их кейс в принципе. Я конечно никогда не скажу в открытую, что я не берусь за кейс, потому что кто-то злодей, но по факту я сошлюсь на что-то и не возьмусь, а они боятся этого, они хотят, чтобы я взялся, и они меня вводят в заблуждение, обманывают напрямую и прочее. Есть прекрасная книга Аронсона, называется «Ошибки, которые были допущены (но не мной)». Это так написано, даже очень красиво на книге оформлено, как будто оторванный кусочек: «но не мной», он как бы отдельный, и его пытались оторвать. Потому что у человека есть такое психозамещающее свойство: человек всегда совершает ошибки, но всегда пытается себе объяснить, почему это не он, или не совсем ошибка, или его обманули, то есть такое объяснение, почему он ни в чем не виноват. Иначе че-

ловеку просто трудно жить с виной, и это такое натуральное качество каждого из нас. Его просто надо учитывать как некий поправочный коэффициент, поэтому многие люди через какое-то время действительно искренне не понимают, говорят, что они не виноваты. И когда начинаешь разбирать фактуру, понимаешь, что они источник этой проблемы. И если бы они вот тогда так себя не повели, все было бы хорошо. Но они когда тебе рассказывают, они даже не обманывают. Вы знаете, есть хорошая фраза из судебного акта «Березовский против Абрамовича», где судья Глостер написала прекрасную фразу, что Березовский, давая свои показания, не то чтобы лгал, а он, скорее, находился сам в плену своих собственных

фантазий. Вот эта фраза гениально передает то, как это часто происходит. Я очень часто смотрю на людей и за годы практики, естественно, научился отличать ложь. Я не говорю, что читаю людей как открытую книгу, ни в коем случае, но тем не менее научился разбираться в людях, и вот смотришь на человека: он абсолютно искренне тебе говорит, и никакой полиграф не поможет, можешь ему там иголки под ногти загонять, а он тебе будет говорить те же самые фразы, потому что

он искренне уверовал, что это было именно так. И это тоже в работах все подробно описано. Есть знаменитые исследования, когда человек, например, работая на фашистский режим, через 20 лет тебе обосновывал, что он был жертвой этого режима, он может показать шрамы, татуировки, что он в Освенциме был; не знаю, может, он на самом деле там и был, но надзирателем, или сжигал тела людей, но он себе это уже обосновал. И он обосновал не в смысле, что он обманывает, а он настолько загнал одно знание и покрыл его другим знанием, что он как адепт мирового зла превращается в невинную жертву. Причем не в глазах общественности, а в своих собственных глазах, в своем искреннем суждении. А потом, когда начинается деменционный процесс, то есть когда мозг осыпается, и у человека этот налет морали и



**АДВОКАТЫ И ЮРИСТЫ
ВООБЩЕ НЕ ИМЕЮТ
ПРАВА НА ОТЧАЯНИЕ,
ПОТОМУ ЧТО ЕСЛИ МЫ
ОТЧАЕМСЯ, ЕСЛИ МЫ
НИ ВО ЧТО НЕ ВЕРИМ,
ТО ЧТО ДЕЛАТЬ НАШИМ
ДОВЕРИТЕЛЯМ?**

этики пропадает, то он вспоминает, что на самом деле он был палачом в этом фашистском режиме, например. И это все примеры из реальной жизни. Поэтому наши доверители нам лгут, но мы должны к этому спокойно относиться. Я никому никогда не ставил на вид, единственное, когда я, можно сказать, пожурил, когда люди очевидные вещи мне не говорят, и говорят даже не то, как произошло, а что есть в документах, очевидно это опровергающее. Когда, например, человек говорит мне: «Я это не подписывал». Я прихожу в процесс, и мне приносят нотариально заверенный документ, этим человеком подписанный. Я прихожу, даю ему этот документ и говорю: «Максим Петрович, это что такое?» Он говорит: «Аааа, ну это я вот забыл». Я говорю: «Подождите, ведь мы же всю позицию от этого строили, то есть проблема даже не в том, что есть этот документ, а в том, что мы на него опирались. То есть мы построили наш огромный замок на зыбучем песке, и, естественно, он у нас утонет, потому что если бы Вы сразу сказали, что подпись есть, я бы уже думал, что из этого делать, это не было бы смертью. А теперь уже все, мы сформулировали позицию, она у нас базируется на том, что мы этого не подписывали. Понятно, что сейчас мы с колёс можем придумать уже какие-то новые доводы, но это все разлетится, как прах, потому что уже нет доверия к нашим словам, нет позиции, и вообще нельзя так вдруг переобуться в воздухе. Ну точнее можно, бумага-то все терпит: *epistola non erubescit*, но по факту шансов на нормальное рассмотрение уже нет». Поэтому они в общем-то сами виновники всех своих злосчастных бед, и я им все время говорю, что нужно по возможности говорить правду, потому что любая попытка обмануть меня выйдет

боком. Вопрос не во мне, а морально-этический, это просто горькая правда. Это, кстати, тоже одна из проблем нашей профессии, она заключается в том, что очень часто, совершив героические героизма и даже добившись невероятных побед, люди нам очень благодарны, они могут благодарить и финансово, и лично, и морально, но потом спустя месяц или два ты понимаешь, что человек, встречая тебя в театре или где-то на улице, переходит



ОДНА ИЗ ПРОБЛЕМ НАШЕЙ ПРОФЕССИИ ЗАКЛЮЧАЕТСЯ В ТОМ, ЧТО ОЧЕНЬ ЧАСТО, СОВЕРШИВ ГЕРОЙСКИЕ ГЕРОИЗМА И ДАЖЕ ДОБИВШИСЬ НЕВЕРОЯТНЫХ ПОБЕД, ЛЮДИ НАМ ОЧЕНЬ БЛАГОДАРНЫ, ОНИ МОГУТ БЛАГОДАРИТЬ И ФИНАНСОВО, И ЛИЧНО, И МОРАЛЬНО, НО ПОТОМ СПУСТЯ МЕСЯЦ ИЛИ ДВА ТЫ ПОНИМАЕШЬ, ЧТО ЧЕЛОВЕК, ВСТРЕЧАЯ ТЕБЯ В ТЕАТРЕ ИЛИ ГДЕ-ТО НА УЛИЦЕ, ПЕРЕХОДИТ НА ДРУГУЮ СТОРОНУ ДОРОГИ, НЕ ЖЕЛАЯ С ТОБОЙ ВСТРЕЧАТЬСЯ, ОСОБЕННО ЕСЛИ ОН ИДЕТ НЕ ОДИН

на другую сторону дороги, не желая с тобой встречаться, особенно если он идет не один. Просто потому что ты для него воспоминание о чем-то очень неприятном в жизни, это такая очень интересная вещь. И это не потому что он тебя проклинает, ненавидит или не любит, наоборот, если его спросят: «Как Вы относитесь к адвокату Петрову?», он скажет: «Прекрасный адвокат!» Но встречаться лично и смотреть в глаза этому человеку ему не очень хочется. Даже категорически не хочется, потому что, увидев этого адвоката, он вспоминает болезненный развод: семейный развод, развод бизнеса, где он себя вел, может быть, очень небезупречно, вспоминает о том, через что пришлось пройти, чтобы выиграть

или проиграть. И у него остается огромный такой шрамированный след на душе, и любое воспоминание, включая адвоката, который знает всю подноготную, ему неприятно. И такие люди очень часто избегают встречи с нами, адвокатами. Это вот такая часть нашей профессии.

– Вот когда Вы представляете позицию в суде, Вы наверняка встречаетесь с ограничением по времени, если особенно ходить, допустим, в Арбитражный суд города Москвы, где довольно жёстко соблюдается регламент

из-за обилия дел. Как Вы боретесь с тем, что Ваше право на представление позиции урезают, положим, до пяти минут?

— Знаете, я никак не борюсь. Я Вам могу сказать такую вот вещь. Я не боролся, это же было придумано в президиуме Высшего арбитражного суда, там давалось 10 минут, причем был такой нервнирующий секундомер на огромном экране, который бесил еще больше, чем сам лимит. И мне известны только три случая, когда добавляли время выступающим, потому что дела того стоили. И все три случая не мои, мне никогда не продляли, я и укладывался в 10 минут, потому что я знал заранее. На самом деле это золотое сечение — 10 минут, ну не для первой инстанции, в надзоре уже другая ситуация — там уже квинтэссенция, смысловые такие сгустки, там можно это вложить в 10 минут даже в сложном деле. В первой инстанции это, конечно, совершенно неприемлемо, это безобразие, что устанавливают какие-то регламенты: 5, 10 минут. Когда это вносилось в АПК, я категорически протестовал, писал статьи, посты и прочее, с этим не соглашался. Потому что это *ad hoc*, где-то и 2 минуты — слишком много, понимаете. Где-то много шелухи, требухи, недостойной суда, я давно говорю, что, может быть, 80% дел стоит вообще сделать какие-то упрощенные способы судебной защиты, чтобы это было квазиправосудие с соответствующими результатами, потому что если 80% не обжалуется сторонами, значит, никому не нужно, значит, это холостая судебная система работает на холостом режиме, и это вообще не достойно судей, а судьи, как в США, как в Канаде, как в нормальных странах, должны рассматривать только по-настоящему значимые и сложные дела. И тратить на них время, чтобы не было вот этого эффекта белого шума, когда мы всем даем по 5 минут, но одному и 5 минут много, а другому делу надо 3 часа. Но это отступление, а теперь ответ на ваш вопрос. Я не борюсь с этим в режиме вот такой битвы: «Уважаемый суд, а почему Вы ограничиваете меня 5 минутами?!» Это бессмысленно. «Я сказал», что на латыни «*dixi*», и он не потерпит; надо понимать, что властолюбие судьи — это часть их профессионального навыка и профессиональной деформации. Это неизбежно. Неуверенный в себе и мямлящий судья — это в общем-то не судья. Поэтому даже если такие приходят, то потом власть их все равно переко-

вывает и делает такими упертыми, уверенными, убежденными и в каком-то смысле даже такими высокомерными; фанаберия появляется, чванство и так далее. У кого-то нет, у кого-то — да, но это от общей культуры человека зависит и интеллектуального развития, но дело не в этом... С судьями спорить вот в таком режиме бессмысленно. Что получается у меня, и, к счастью, получается довольно часто, и в Арбитражном суде города Москвы в том числе, но им не ограничиваясь, — это то, что тебе дают 5 минут, но если ты говоришь по существу, если ты говоришь качественно и по форме, если твоя речь наполнена знаниями, интеллектом, фактурой, и ты находишься в сотрудничестве с судьей, когда суд понимает, что твое говорение улучшает понимание процесса, увеличивает его осведомленность, и после твоего выступления ему стало ясно все или очень многое, и ты, самое главное, экономишь его время, то есть так бы ему пришлось на это потратить 20, 30, 50 минут, а ты это делаешь за 10, 15, 20 минут, то есть просто своим выступлением все раскладываешь по полочкам, ему становится понятнее, ты находишься не в замутнении и без того мутной воды, а когда ты, наоборот, делаешь все прозрачным, четким, очевидным, то есть находишься в режиме кооперации, сотрудничества, коллаборации, — поверьте, тогда он, сказав вам, что дает 5 минут, бывает, вас слушает и 15, и 20, и 30, и 40 минут, и это я Вам говорю не теоретически, а сугубо практически. В моей практике десятки и сотни случаев, когда мне дают 5 или 10 минут, а фактически слушают и полчаса, и час, потому что суду понятно, что то, что я говорю, ему полезно. Не надо воевать с судьей, надо убедить своей речью, что это суду зачем-то нужно. И повторяю, это не сладкоголосость: будто ты так говоришь, что вот прямо всех околдовал, и все люди слушают, как ты красиво говоришь — да чушь это собачья, мы не в театре, и суд никогда так не обольстится вашей речью и тем, что вы такой сам по себе прекрасный и замечательный, и будет вас там час слушать. Никогда в жизни. Он будет слушать только в том случае, если ему полезно то, что вы говорите. Во всех остальных случаях он вас остановит. Больше того скажу, я как арбитр Третейских судов никогда не перебиваю, честно Вам скажу, вот держу себя, как Мюнхгаузен, за все части тела. Но очень часто хочется на первой минуте прер-

вать человека, уточнить, задать вопрос и так далее, потому что некоторые, как на холостом ходу, что-то бубнят, бубнят, бубнят, и хочется сказать: «Черт побери, ну скажи хоть что-нибудь, что важно для дела, чтобы мне было понятнее. И вообще, зачем ты сюда пришел?» Вот в таких случаях даже во время участия в процессе я понимаю, что моего оппонента начинают судьи тиранить. И можно подумать, что это психологическое воздействие, но на самом деле я даже как сторона понимаю, почему они с ним это делают и, строго говоря, это объяснимо. Он своим поведением, своим выступлением, точнее своим «антивыступлением» просто доводит судью до белого каления. Вот если выступление такого качества, то, конечно, судьи будут прерывать.

– Как Вы оцениваете законопроект Минэкономразвития о внесении изменений в Федеральный закон о банкротстве? Вот этого монстра на 400 страниц.

– Проблема не в том, что он на 400 страниц. Вообще, я к нему плохо отношусь, я концептуально с ним почти во всем не согласен, причем в тему оздоровления как таковую я верю и считаю ее хорошей, но просто она предполагает за собой целый комплекс мер. Его нельзя ввести в закон, это как принять закон о счастье, чтобы все люди были счастливы и здоровы. Такой закон принять можно: с первого января, да, обязательно. Но этого не произойдет никогда. Так и с законом о банкротстве, для этого нужна экономическая инфраструктура. Закон о банкротстве – очень экономический закон, не по текстовке, я имею в виду его связь с экономикой. Если экономика в руинах, если бушует ковид, если закрытие и так далее, то не может быть хорошо. Мы можем законы 333 раза переписать, это ничего не даст, потому что это все в совокупности с общим положением. Это очень сильно отличается от закона «Об акционерных обществах», от Гражданского кодекса и так далее, то есть там нет такой прямой связи, а здесь связь прямая. И поэтому любые благопожелания хороши, но оздоровление будет только тогда, когда кредиторам будет выгодно идти на какой-то компромисс, а пока нет никакого стимула к компромиссу. И экономика должна это создавать, и государство должно это показать

первым, быть более терпимым, давать деньги, прощать налоги и так далее, то есть какую-то систему вводить, и тогда может быть дальше пойдет. А частным лицам говорят, призывают не быть такими жесткими, жестоковыми, – это разговор в пользу бедных, это ничего не дает, это противостоит природе. Человек живет в режиме эгоизма, он рождается эгоистом, умирает эгоистом и живет всю жизнь эгоистом, который как-то сдерживается моралью, этикой, социальными взглядами, семейными установками и так далее, но, по сути, натуральность – эгоизм. А в бизнесе этот эгоизм – такой господствующий принцип и правило, там он даже особо не сдерживается. Поэтому призывать к примирению, это просто так, это просто порошковые призывы. Это первое.

Второе – это отбор балльной системы, при всем интуитивном предположении, что это хорошо, потому что якобы независимо, он не учитывает главное обстоятельство – иногда, к сожалению, мы, помыв ребенка, выплескиваем не грязную воду, а самого ребенка. Вот это тот самый случай. Хотя хотели как лучше, хотели ребенка помыть. Почему? Ну вот судья, например, отбирается в результате случайной выборки, и тоже есть недовольные, но это понятно, у нас все судьи презюмируются одинакового качества. Это тоже, конечно, не так, но тем не менее это как-то гарантировано. В арбитражном управляющем такой уверенности, мягко скажем, нет, – это первое. Во-вторых, антикризисный менеджер антикризисному менеджеру рознь. Один хорош как конкурсный управляющий, он хорошо продает активы, быстро собирает и так далее. Другой хорош во внешнем управлении, третий – в финансовом выздоровлении, четвертый – просто как организатор, когда в стадии наблюдения он должен просто быстро все сделать. Это все разные виды упражнений, и в них есть свои специалисты. А нам предлагают по балльной какой-то неуклюжей и странной системе это определять. Ну вот представьте себе, Вы приходите и говорите: «Мне нужно к травматологу», например. А Вам говорят: «Не угадали», и начинает бегать лошадка, и Вам говорят: «О, Вам повезло, к Вам сегодня окулист, причем наш лучший окулист». Вы говорите: «У меня колено болит». А Вам отвечают: «Не знаю, это наш самый лучший оку-

лист, Вам повезло, у него самый высокий балл из окулистов нашего Западного административного округа». И тебе его дают. Вы приходите и говорите: «Подождите...» Он говорит: «Ну простите, я вообще-то окулист, но коленку тоже могу посмотреть». Вот это нонсенс, и мне кажется, что в этом есть такой законодательный романтизм, который можно выразить хорошей фразой: «гладко было на бумаге, но забыли про овраги». Люди пишут законы, как будто находятся в безвоздушном пространстве, как будто бы ничего нет, ничего до них не было, и ничего после них не будет. А все не так. Мир устроен таким образом, что все мы растем на плечах своих предыдущих поколений, мы — на своих родителях, Вы — на наших плечах и так дальше-дальше. В этом нет никакой новизны. Это испокон веков так было, есть и всегда будет. И нельзя никогда писать законы в таком режиме, как будто нет реалии, этот эффект называется «сферический конь в вакууме», когда придумывается какая-то концепция, не учитывающая ничего: ни то, что есть атмосферное давление, ни то, что есть дождь, есть влажность, есть еще сопротивление какое-то, попутный ветер или, наоборот, непопутный ветер. Вот это все надо учитывать, среду, имеющуюся уже экосреду, и вот эта экосреда подсказывает, что это не полетит, это плохо. Поэтому посыл правильный: давайте сделаем арбитражных управляющих независимыми. Надо это сделать? Надо. Моя кандидатская диссертация посвящена управляющим, а независимость такой красной нитью проходит через всю диссертацию, независимость управляющих, профессионализм и независимость. Но между вот этим общим позывом, порывом, абсолютно справедливым утверждением и реализацией есть дистанция огромного масштаба. Поэтому то, как это пытается сделать законодатель, вредно. Не говоря о том, как это

обычно у нас в законодательном процессе все попутно добавляется, как в той знаменитой Михалковской басне про «Ералаш»: Ростех прибежал, сказал: «А для нас сделайте особую оговорку, что мы вот так»; налоговики прибежали, сказали: «Нам особый приоритет»; а ВЭБ сказал: «Для ВЭБ РФ проекты, чтобы мы были управляющими, как АСВ над банками». И растащили законы в результате по своим конуркам. И в результате картина, которая представляла собой «Весну», «Примаверу» Боттичелли, превращается в черт знает что, где каждый себе в результате своих лоббистских усилий понатащал то, что ему

требуется, и все это имплементировал вот в эту живую ткань. И повторяю, в эту живую ткань имплементирует каждый, что хочет. То есть и так нездоровое тело, почти уже труп, Закон о банкротстве, резанный-перерезанный, такой Франкенштейн, и в него еще хочет каждый имплантировать своё, еще иногда и не к месту. Одни говорят вложить импланты того, другие — импланты сего, тут надуют, здесь, наоборот, подрежут, здесь откромсают и так далее. И каждый в своих интересах. В целом, получается ужасный Франкенштейн. Поэтому я к этому плохо



В МОЕЙ ПРАКТИКЕ ДЕСЯТКИ И СОТНИ СЛУЧАЕВ, КОГДА МНЕ ДАЮТ 5 ИЛИ 10 МИНУТ, А ФАКТИЧЕСКИ СЛУШАЮТ И ПОЛЧАСА, И ЧАС, ПОТОМУ ЧТО СУДУ ПОНЯТНО, ЧТО ТО, ЧТО Я ГОВОРЮ, ЕМУ ПОЛЕЗНО. НЕ НАДО ВОЕВАТЬ С СУДЬЕЙ, НАДО УБЕДИТЬ СВОЕЙ РЕЧЬЮ, ЧТО ЭТО СУДУ ЗАЧЕМ-ТО НУЖНО

очень отношусь.

— Возможно, это потому что законопроект делал Минэкономразвития?

— Нет, не потому что его делал Минэкономразвития, а потому что, скажем так, роль личности в истории. Есть люди, которые пишут законы, ответствующие некой политической воле, и они делают это по собственному усмотрению. Есть политическая воля, она идет не только из Минэкономразвития, а из каких-то других сфер тоже. А дальше уже идет реализация, реализация базируется на людях. Есть какие-то конкретные люди, имена которых мне лично известны, но я бы не хотел их прославлять, которые это ручками-руч-



ками пишут в своем понимании о прекрасном. Так вот их представление о прекрасном точно не совпадает с моим. И думаю, что не совпадает – повторяюсь, я назову это мягко, – с законодательным романтизмом. Хотя это можно было назвать и законодательным вредительством. Почему я говорю в данном случае о романтизме, а не о вредительстве? Потому что я уверен, что эти люди, хоть они и сугубо не правы, они это делают не от желания все испоганить и испортить, а просто из-за того, что они думают, что будет лучше. Но лучше не будет.

– Вот когда Вы идете в процесс, и по факту исполняется от четверти решений и меньше...

– До четверти, я бы сказал.

– Да, где-то так, до четверти. Вы изначально своим доверителям говорите, что такая вот статистика, вот такие будут трудности, и, скорее всего, может быть, даже лучше в суд-то и не идти, потому что счастья не отыщешь. И, может быть, у Вас есть какие-то свои секреты, как все-таки исполнить судебное решение?

– Разумеется, у меня есть много лайфхаков, они все следуют из закона, это не такие какие-то лайфхаки, которые кому-то неизвестны. Они просто нужны ко времени, месту, все вовремя и правильно сделать. Главным из них является эффективность судебной защиты, обеспечительные меры – это уже в случае хирургическом, а если на уровне договорном – то есть залоги, есть другие способы обеспечения, начинается это все с заключения договора и вообще со вхождения в гражданско-правовые отношения. А дальше уже идет сложная система сложившихся фактических отношений, когда ты можешь сделать удержание, обеспечиться еще как-то, аккредитивы какие-то получить, гарантии от третьих лиц и прочее. И на последней хирургической стадии действуют предварительные обеспечительные меры: просто обеспечительные меры, приостановки исполнения судебного акта в каком-то случае, еще что-то. То есть это все происходит в режиме кви-прокво – на войне как на войне, мы используем какие-то механизмы, предусмотренные действующим процессуальным кодексом, просто надо знать, как ими пользоваться, и уметь это делать, потому что мало знать просто норму, надо фактически это защитить. Поэтому, отвечая на первую часть вашего вопроса, сообщала ли я о проблемах, – да, я сообщала, но не вот так академично, как Вы сейчас говорите, фактически все работает совсем по-другому. Я рассказываю о том, какие в каждом конкретном кейсе будут сложности, и, более того, рассказываю, как я их попытаюсь решить, и объясняю, что вот тут мы так подложимся, здесь мы сделаем вот это и так далее – это повысит шанс на удовлетворение. Иногда есть очевидная, стопроцентная невозможность исполнения этого обязательства, когда ты говоришь: «Мы это все сделаем, но это подготовка к банкротству. Мы выиграем процесс и дальше нач-

нется банкротство. Поэтому давайте решим, у нас в банкротстве есть смысл или нет?» Потому что у меня был такой кейс: взыскание было более 10 миллиардов рублей, но я клиенту сказал, что мы-то их взыскать – взыщем, но смысл заключается в том, что потом будет банкротство, и не только из-за нашей суммы, а вообще из-за той общей задолженности, которая есть у данного лица. По нашим прикидкам, а мы провели финансовую разведку: «От 200 до 300 миллиардов будет общий реестр кредиторов, и Ваши 10 миллиардов при всей, ка-

залось бы, большой сумме, это меньше чем несколько – слёзы, поэтому Вы должны понимать, что мы не только не получим денег, но мы еще и получим банкротство, но не из-за наших действий. Банкротство будет так или иначе, мы можем быть инициаторами, и в этом есть какой-то плюс, но в результате Вы будете миноритарным кредитором, поэтому давайте подумаем, надо ли нам это – вариант «А». Вариант «В» – можем ли мы с кем-то скооперироваться...» и так далее. То есть это некий сложный разветвленный алгоритм действий. Наша задача –

аналитически все это продумать на 20 ходов вперед, понимая всю относительность, потому что одно неправильно выбранное суждение, и оно будет менять эту дорожную карту. То есть жизнь устроена таким образом, что никогда идеально не получается.

– **Хорошо. Вы преподавали в РГУП и МГИМО.**
– Да.

– **Из РГУПа Вы ушли, можно сказать, по политическим мотивам, потому что Вам не давали высказываться о ликвидации Высшего арбитражного суда. А почему вы ушли из МГИМО?**

– Знаете, МГИМО мне очень понравился, я туда ходил так, экспериментально, я не был уверен,

”

НА ЗАПАДЕ И В АНГЛИИ ЕСТЬ ПОНЯТИЯ «ТРЕХЛЕТНИЙ АДВОКАТ», «ПЯТИЛЕТНИЙ АДВОКАТ», «ДВАДЦАТИЛЕТНИЙ», КАК КОНЬЯКИ, ЗНАЕТЕ, И ДОРОГОВИЗНА, И СТАВКИ, И ВСЕ ВООБЩЕ РАСТЕТ. ЭТО НЕ ПРОСТО ТАК, ЕСЛИ, КОНЕЧНО, ЧЕЛОВЕК НЕ ПРОСТО СИДЕЛ НА СТУЛЕ 20 ЛЕТ, А ЕСЛИ ОН РАБОТАЛ 20 ЛЕТ, ТО ЭТО СОВСЕМ НЕ ТОТ ЧЕЛОВЕК, КОТОРЫЙ БЫЛ ТАМ, КОГДА У НЕГО БЫЛО 3 ГОДА СТАЖА

мне почему-то казалось, что «все врут календари», как писал классик. У меня было такое предположение, что там такие мажоры-дети, студенты, а я это очень не люблю: они не хотят учиться. Мотивировать человека, который в 20 лет не хочет учиться, – это вещь уже достаточно бессмысленная и ненужная. И поэтому я с большим предубеждением туда шел, думал, попробую, посмотрю, что там за люди. Оказалось, что студенты там очень хорошие, действительно, там очень много непростых детей, непростых семей, очень многие фамилии узнаваемы, есть очень большое количество людей, в частности один из моих студентов – это сын Дмитрия Анатольевича Медведева, Илья Дмитриевич Медведев. Многие были из других государств, дети президентов других стран, премьер-министров других стран, дети дипломатов. У меня были студенты вьетнамцы, корейцы, лаосцы, вообще кого только не было, как в Ноевом ковчеге – каждой твари по паре. В целом, мне студенты нравились, они учились, и вообще мне всё нравилось. Но все-таки, как ни крути, МГИМО был для меня один такой условный, это является его достоинством, но для меня недостатком. Там всё всё-таки концентрируется на международно-правовой составляющей, которая для меня интересна как способ исследования, но в ней не такая глубина и не такая уж прям зауженность. И когда все твои студенты смотрят, как тот самый волк на лес, сколько их там ни корми в доме, они все равно в лес смотрят, и все на международку заточены заведомо, то как-то все равно ты там на вторых ролях. Там российский процесс всегда вторичен, а вот языки, международные какие-то нормы, конвенции и так далее, это мне не то что не близко, ну это все-таки не то, чем я занимался, – это первое. И вторая составляющая – если честно, к тому моменту я уже устал от просто лекционного курса, я его лет 12 читал, 13 даже – 13 лет подряд я читал общий университетский курс процесса. Но, как мне казалось, делал я это добросовестно, я никогда не читал просто в режиме учебника: берем и читаем. Все студенты, а их тысячи за это время прошли через мой курс, можете их спросить, они подтвердят, что у меня всегда одна моя лекция не похожа на другую, я всегда наполняю лекцию какими-то примерами, какими-то особенностями, то есть не схоластически совсем,

не казуистически читаю курс. Тем не менее я надоел сам себе, скажем так. Потому что студенты каждый год менялись, а я не менялся, я был тот же, я развивал курс, конечно, как мне казалось, улучшал и так далее, но все-таки всему приходит когда-то конец, мне просто надоело читать курс. Я два года просил и ожидал какую-то правильную магистратуру, с чем я и пришел в Высшую школу экономики, а там уже такой процесс, для продвинутых, где не только наука цивилистического процесса, а уже с добавлением все-таки практических составляющих, где уже не просто изучается сферический конь в вакууме, о том, как вообще в идеале должно быть, хотя повторяюсь, я и так рассказывал, как есть на самом деле и прочее, но это все-таки немножко не то. И тут я себя очень сильно сдерживал. Я понимал, что нельзя слишком переполнять житейскими вещами, особенностями и так далее, потому что для человека, который не знает ничего, это будет слишком сложно, и ты его запутаешь, поэтому все-таки я жил в логике должного, немножко добавляя, как это реально происходит. А тянулся уже к чему-то более практико-ориентированному. И курс мой уже давно был сформирован, может быть, лет 8 назад. Я же в Вышку тоже, получается, переходил постепенно, в том смысле, что я года 2–3 был в Вышке как приглашенный профессор в части кафедры практической юриспруденции, и там, по сути, курс этот уже начал разгонять, буквально в виде двух лекций. Ну а потом получил, потому что у меня материалы уже были давно, я решил, что пора мне, и поступило предложение создать авторский курс, как раз то, что я, собственно, и хотел. И я этот авторский курс и презентовал, два года я его откатал, в этом году будет третий курс, опять же я надеюсь, что он в общем улучшается с каждым годом, он обрастает: в этом году будет больше по количеству часов, потому что я не могу вместить в это прокрустово ложе часов тот объем информации, который я хочу донести до моих магистров. Очень хорошие магистры, мы занимаемся какими-то практическими вещами, мы допрашиваем свидетелей, учимся выступать, я заставляю их говорить, в хорошем смысле заставляю. Поэтому они слушают и слышат себя, кто-то, надеюсь, обретает веру в себя, слышит свой голос, понимает, что он не только плохой, но и что-то хорошее в этом есть.

– Согласны ли Вы с мнением, что из РГУПа выпускают нормативистов, я бы даже сказал, позитивистов, из МГИМО – лингвистов, а вот из Высшей школы экономики – таких вот либертарианцев?

– Это красивозвучащее, но все-таки, как и любая такая фраза, обобщение, а любое обобщение такого масштаба до уровня вуза все-таки страдает некой неточностью. Тенденцию Вы уловили верно, но вот у меня в моем бюро работает минимум 15 моих студентов из РГУПа, и никто из них не является позитивистом. Все являются и легалистами, и позитивистами, все живут и чувствуют нерв, пульсацию права не как набора норм, а как постоянно живую душу, пульсирующую. Здесь очень важная составляющая – именно постоянный пульс, мимикрирование изменений, то, что называется не буква закона, а дух закона и так далее. Они в этом участвуют, участвуют в его развитии, то есть никого из них я не могу обвинить в каком-то излишнем легализме. Кто-то – да, многие мои студенты уже судьи: судьи и арбитражных судов, и судов общей юрисдикции, и есть среди них хорошие, есть не очень хорошие, и кто-то позитивист, кто-то махровый легалист. Люди разные, но я думаю, что это обобщение и все-таки это не совсем правильно, потому что есть тренд. То, что либертарианства как-то в Вышке больше, чем в других вузах – наверное. Но, справедливости ради, я могу сказать, что это тоже не только хорошо: я вот очень часто в студентах Высшей школы экономики обнаруживаю поверхностность. Они как бы срезают верхушки знаний, не погружаясь в глубину. Вот я выпускник МГУ, и у меня много и молодых выпускников МГУ, и тех, кто 15 лет назад и больше выпускался, я сам уже боль-

ше 20 лет назад выпустился. Я исхожу из того, что читать, знать о том, что Каминка писал о том-то, Аскназий – о том-то, а Венедиктов – о том-то, это хорошо. И это студенты Вышки, как правило, знают. Но лучше все-таки книги эти читать. От первой и до последней страницы. Причем читать их не просто так – прочитал и забыл, а разложив все по полочкам в своем сознании и голове, когда для тебя это система, живая система

познаний со своей точкой зрения: с этим ты согласен, с этим ты не согласен. И студенты МГУ больше, чем остальные, в моем понимании – вот насколько я их встречаю, это такой большой срез, но не претендующий на социологическую какую-то достоверность – читают серьезные толстые книги, причем не знают об их содержании, а именно их читают, я настаиваю, что это принципиально разные вещи. Потому что знать сюжет «Войны и мира» и читать «Войну и мир» – это разные вещи. Знать сюжет «Тихого Дона», посмотрев его в трех видах экранизации, и прочитать эту книгу – это разные вещи. Понимаете, вот так и с правом. Очень важно читать

и глубоко погружаться. Поэтому, помимо духа и либертарианства, нужно еще себя на это раскладывать и тратить. И еще раз повторюсь, у меня и студенты Вышки мои тоже работают, и у меня к ним нет претензий, и ко многим другим нет, и очень хорошие глубокие ребята, и очень разные бывают. Но мне кажется, что в Высшей школе экономики надо своих студентов и магистрантов пытаться погружать глубже в детали, тонкости, в какие-то такие вещи. Порхать по верхушечкам недостойно хорошего студента-магистранта, и повторюсь, это я не говорю, что в Высшей школе экономики все такие или что вообще это доминирующая позиция. Я говорю об общей тен-



**И ТАК НЕЗДОРОВОЕ ТЕЛО,
ПОЧТИ УЖЕ ТРУП, ЗАКОН
О БАНКРОТСТВЕ, РЕЗАННЫЙ-
ПЕРЕРЕЗАННЫЙ, ТАКОЙ
ФРАНКЕНШТЕЙН,
И В НЕГО ЕЩЕ ХОЧЕТ КАЖДЫЙ
ИМПЛАНТИРОВАТЬ СВОЁ, ЕЩЕ
ИНОГДА И НЕ К МЕСТУ. ОДНИ
ГОВОРЯТ ВЛОЖИТЬ ИМПЛАНТЫ
ТОГО, ДРУГИЕ – ИМПЛАНТЫ
СЕГО, ТУТ НАДУЮТ, ЗДЕСЬ
НАОБОРОТ, ПОДРЕЖУТ, ЗДЕСЬ
ОТКРОМСАЮТ И ТАК ДАЛЕЕ.
И КАЖДЫЙ В СВОИХ ИНТЕРЕСАХ.
В ЦЕЛОМ, ПОЛУЧАЕТСЯ
УЖАСНЫЙ ФРАНКЕНШТЕЙН**

денции, которую нужно в себе развивать любому студенту, и важно, помимо покрытия, широкого покрытия, понимания в чем-то хоть малости, надо еще и погружаться в какой-то вопрос многократно глубже.

– Касательно книжек, вот у Вас при Вашей поддержке вышла замечательная серия – «Классика гражданского процесса». Но вот, возможно, это мое субъективное мнение, но мне кажется, что она менее доступна, менее входила в народ, нежели «Классика...

– Гражданского права.

– «Классика гражданского права», да, которую на факультете МГУ издавали. И вот хотел бы спросить: почему «Классика гражданского процесса» более трудно доступна, нежели «Классика гражданского права»?

– Ну, не знаю, спасибо Вам за такой фидбек. В моем понимании они находятся в одинаковой доступности, мне кажется, везде где есть литература Статута – и то, и то издает Статут, – поэтому везде, где есть «Классика российской цивилистики», есть и «Классика гражданского процесса». То, что книг меньше, это причина появилась намного позже, во-первых, если сравнивать тот момент, когда появились процесс и право, и посмотреть, сколько за это время вышло цивилистических, а сколько по процессу, количество будет приблизительно равное. Тут я не могу сказать, просто извините: Владимир Саурсеевич, царство ему небесное, он эту серию основал в 96-м, по-моему, году, и к моменту, когда мы запустили в 2011 или 2012 процесс, гандикап у него в 15 лет, поэтому это довольно трудно догнать, в смысле в моменте по крайней мере. Это первое. Во-вторых, все-таки объективности ради давайте скажем, что процессуалистов меньше, чем великих цивилистов, хотя многие из них и те, и другие. Например, Кронид Иванович Малышев, мой столь любимый, Евгений Владимирович Васьковский – они мультиинструменталисты, каким я пытаюсь в каком-то смысле быть, хотя сейчас с годами это сложнее, то, что было легче в конце 19 века – начале 20, сейчас это еще сложнее, но тем не менее. Я просто не провожу такого, пограничный столб между материальным правом и процессом мне кажется искусственным. Я считаю, что право не существует без

процесса, а процесс без права, они – как народ и партия, они едины. Но не о том речь. Поэтому я полагаю, что мы будем продолжать эту серию, у нас сейчас стоит в очереди целый ряд книг, это связано и с финансовыми проблемами, и с адаптацией, и с тем, что к каждой книге – ну такая уж задумка, Владимир Саурсеевич придумал это изначально, так мы и стараемся и считаем, что это правильно, – нужно историческое предисловие. Я, допустим, к переизданному Васьковскому 5 лет писал предисловие. То есть я провел невероятную историографическую работу, потратил уйму времени, сил и денег, чтобы это сделать. Думаю, профессиональные историки или академические ученые на это меньше времени тратят, но все равно это огромный труд, чтоб Вы понимали. Собрать по сусекам, проехать архивы, все отсмотреть, прочитать, – то есть чтоб написать предисловие на 40 страниц, я прочитал 2000 страниц, посетил 4 страны и 20 архивов, чтоб Вы понимали объем, это огромный труд. И, естественно, все делают приблизительно то же самое. Адаптация, отброс этих ятей, иногда эти так называемые подвалы сносок, это целая история, как в этом разобратся; это часто на 5, 6, 8 языках, надо что-то перевести, думать, надо ли это переводить, ну и так далее. То есть это достаточно сложная работа. Поэтому я надеюсь, что они вот так нога в ногу в общем-то будут, не будут слишком кургузыми или какими-то неправильными, так будет развиваться эта серия, я надеюсь, что она будет существовать в течение всего исторического процесса и останавливаться не будет. Мы подумываем о том, чтобы когда-то в перспективах, ну это не ближайшие несколько лет, начать переиздавать великих советских процессуалистов, потому что их работы тоже очень достойные, это начиная с 20-х и далее годов и включая классических авторов советского периода, потому что это действительно важно и нужно. Тем более в процессе в общем-то динамика не так велика, как, наверное, даже в материальном праве, потому что здесь в общем-то заведомо более ригидная дисциплина. Вообще, процесс находится относительно в загоне по сравнению с материальным правом, вот если Вы даже возьмете студентов, молодых, толковых, перспективных, кто из них занимается, например, цивилистическим правом материальным и процессуальным, Вы увидите, что это совершенно непропорцио-

нально. Непропорционально мало людей занимается процессом. Почему так происходит? Ну у меня есть свои версии. Ну как бы это не так важно, потому что, строго говоря, как писалось в Евангелии: «много званных, да мало избранных», избранных будет все равно мало, и поэтому в общем-то пока хватает. Мы тоже с Артёмом Георгиевичем неоднократно обсуждали, почему столько профессоров-процессуалистов среди женщин. Так получается, а вот если взять материальное право, гражданское право и гражданский процесс, то Вы посчитайте, какое количество профессоров-женщин в гражданском праве, они есть, и это не единичные, естественно, случаи. Но в основном доминирует, явно доминирует мужской пол, а вот если мы возьмем процесс, то там чуть ли не женщины доминируют. Это тоже такая интересная вещь, это имена, это завкафедры, поэтому это такой интересный феномен.

– Не думал об этом.

– Да, да, я задумывался многократно, но какого-то правила, чтобы сейчас о нем сказать, ну не правило, а вывести какое-то единственно возможное суждение даже себе здесь не позволю, потому что сам не уверен в своем предположении. Но такое наблюдение есть. Так что мы будем развивать серию, мы будем дальше публиковать, поэтому спешите видеть, читайте, повторяюсь, литературу, она развивает любого человека, если читать правильно.

– Тогда последний вопрос касательно наших зрителей, преподаватели нас тоже смотрят, в том числе те, кто преподает процесс. Какие советы Вы можете дать по преподаванию процесса? Я очень часто сталкиваюсь с мнением, что процесс и как отрасль, и как учебная дисциплина довольно-таки непопулярен, можно сказать, тяжело преподаваем, потому что он идет в отрыве от суда, в отрыве от прокурату-

ры, в отрыве от адвокатуры, от арбитражных управляющих. И за этими нормами люди не видят структуры, пошаговости, они не видят действия. То есть если материально-правовые казусы еще как-то складываются, то процесс нужно посмотреть, как это есть. Один раз на практику в суд сходишь, и уже совершенно по-другому представляешь себе это место. Вот в связи с этим, не кажется ли Вам, что стоит процесс преподавать именно так? То есть чтобы они в течение года там столько-то времени поработали в прокуратуре, столько-то времени – в суде, столько-то времени – у ад-

воката, столько-то времени провели у нотариуса, чтобы они поняли вот эту логическую цепочку и особенности каждого этапа: как к каждому надо подходить. Или у Вас какое-то другое решение?

– Нет, Вы знаете, я не только так думаю, я это делаю. Вот Вы говорите, не думал ли я. Я не только думал, я думал об этом уже достаточно давно и 15 лет ровно так и преподаю. Есть хорошая поэтическая фраза: «Дело прочно, когда под ним струится кровь». Понимаете, в любом преподавании нужно увлечь. Есть такая известная концепция – доктрина

миметического желания. Человек, который слушает преподавателя, должен желать подражать. Он должен желать делать то же самое. У него это должно пробуждать интерес к этой дисциплине. И любой преподаватель процесса, как Данко, должен вырывать сердце, идти вперед и освещать своим горящим сердцем путь всем своим студентам. Он должен вовлекать, как католический проповедник вовлекает паству, или протестантский, вот так и здесь. И вовлечение может быть только одним способом – это придание живости, – почему я и говорил про кровь, – живости, натуральности, естественности процесса. Нужно объяснять, что это не мертвые нормы, что это не что-то такое, когда-то сказанное кем-то, объяснять слож-



Я ИСХОЖУ ИЗ ТОГО,
ЧТО ЧИТАТЬ, ЗНАТЬ О ТОМ,
ЧТО КАМИНКА ПИСАЛ
О ТОМ-ТО, АСКНАЗИЙ –
О ТОМ-ТО, А ВЕНЕДИКТОВ –
О ТОМ-ТО, ЭТО ХОРОШО.
И ЭТО СТУДЕНТЫ ВЫШКИ,
КАК ПРАВИЛО, ЗНАЮТ.
НО ЛУЧШЕ ВСЕ-ТАКИ КНИГИ
ЭТИ ЧИТАТЬ. ОТ ПЕРВОЙ
И ДО ПОСЛЕДНЕЙ СТРАНИЦЫ

ные структуры, схемы, и чем отличается от КАСа, от рассмотрения дела, оставление без рассмотрения от прекращения производства по делу. Когда студенты думают: «Блин, это же все одно и то же, по-русски говоря, почему такое отличие!» Вот надо объяснять, зачем это нужно и когда... Я всегда студентам говорю, что мне не надо, чтобы они запоминали виды оснований прекращения производства по делу или оставления без рассмотрения – дело не в этом. Важно, чтобы они понимали логику. Поэтому когда я преподаю, я преподаю не процессуальный кодекс, я преподаю право процесса в его сути: зачем это нужно. И когда я экзаменую потом, я, как правило, спрашиваю не «какой?», не «сколько?», а «почему?». То есть мой самый главный вопрос к себе и к студентам – это «почему?». Например, вот тут у нас есть такой запрет, почему здесь такой запрет? Почему вот это не должно так быть? Почему представитель должен вот так представлять? Почему взыскивают судебные расходы, но в разумных пределах, а не все? А почему должны только те, которые понесли? Вот обязательство же возникло, вы, адвокаты, обязуетесь заплатить, а не заплатили – вы эти расходы не можете взыскать, а почему? Это волюнтаризм законодателя или придурка, который это зачем-то написал? Нет, в этом есть огромная мудрость, в этом есть накопленный тысячелетиями материал, почему так происходит и прочее – это надо знать. Только тогда появляется глубинное понимание. Тогда не просто буквы складываются в слова, которые черти что значат, как у Гоголевского Петрушки, а тогда у вас происходит глубинное понимание сути. А это понимание дает две вещи: первое – систему познания, которую вы никогда в жизни не забудете и будете реально докой в этом деле, а второе – из-за увлеченности, из-за понимания зачем это нужно, вы этим горите. Вы не напрягаете свою память, для вас это закладывается абсолютно естественным образом, потому что вы понимаете, зачем это нужно. И вы относитесь к этому не как к форме, а как к сути, как к самой жизни. И вот так происходит только через преподавание. Оно достигается и путем «сходите в суд, посмотрите», конечно, и «посмотрите фильмы», и «учтите вот это». Этого очень много, я не буду учить моих коллег, намного более опытных, с большим стажем и белёными сединами, как тут щи варить. Это пускай каждый

сам решает. Я не готов к такому академическому вспоможению моим коллегам. Но вот в чем я убежден, это в том, что я сказал ранее: надо увлечь, и нужно понять, надо объяснить студенту, зачем это требуется. И то, что это не мертвечина, это не эксгумация трупов, в которой мы потом упражняемся, а в том, что это живое, пульсирующее, оно существует в реальной действительности, и от этого очень многое зависит. И от вот этой формы порождается право. И многие думают, что процесс это скучно, потому что это форма, а материальное право – это содержание. Так вот это совсем не так. Иногда именно процесс является содержанием, а материальное право всего лишь формой. Потому что если это все доходит до суда, до инфорсменты, то неважно, прав ты или не прав – если ты не смог это доказать в суде, значит, ты и был не прав. Понимаете, я всегда это тоже студентам говорю: «Когда вы решаете казусник гражданского права, вы что там читаете? Господин Иванов дал господину Петрову взём денег вот так-то и так-то. Что суд решит? Но вы поймите, это задачник, это упрощенный взгляд на жизнь. В нашей реальной жизни неизвестно, Петров ли, Иванову ли, дал ли, деньги ли, с какой целью, зачем, займы или подарил, или что он пытался сделать – это ничего не определено. И вот создать эту задачу – и есть в наших руках. Поэтому бессмысленно решать задачки, в которых эти составляющие не доказаны. И на практике в жизни вы будете это порождать. Из миража, из ничего будет порождаться жизнь. Если вы смогли это доказать – значит, это было. А если вы не смогли это доказать, значит, не было никакого ни Петрова, ни Сидорова, ни денег, ни займа, ничего не было». Вот как-то так. Поэтому я полагаю, что до тех пор, пока студент не понимает эту обусловленность и прямую детерминистскую связь, он никогда не будет относиться к процессу как к чему-то свежему, хорошему, нужному. Мне в Московском государственном университете мои преподаватели процесса: и Татьяна Константиновна Андреева прежде всего, и Михаил Константинович Треушников, покойный, царство ему небесное, и Ульянова, которая уголовный процесс нам преподавала, и многие другие люди, – они нам закладывали эти знания не просто как сухую материю, а объясняя, зачем это нужно. И когда ты понимаешь, зачем это нужно, ты совершенно по-другому это воспринимаешь.



УДК 342.7



Шевченко Ольга Сергеевна
(youroliva@gmail.com)

студент 2 курса магистратуры
Московского государственного
университета им. М.В.

Ломоносова

Shevchenko Olga

2nd- year student of master
program Lomonosov Moscow
State University

Научный руководитель:

Троицкая Александра Алексеевна

доктор юридических наук, доцент кафедры
конституционного и муниципального
права МГУ им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Troitskaya Alexandra Alekseevna

Ph.D in Law, Associate Professor of the
Department of Civil Law of the Faculty of Law
of the Lomonosov Moscow State University

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ДОСТУП К ПРЕДИМПЛАНТАЦИОННОЙ ДИАГНОСТИКЕ

CONSTITUTIONAL PROBLEMS OF REGULATION AND IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO ACCESS TO PREIMPLANTATION DIAGNOSTICS

АННОТАЦИЯ: Рассматриваются конституционно-правовые проблемы доступа к предимплантационной диагностике, связанные с комплексом этических проблем и со спецификой нормативного регулирования. В работе исследуется перспектива развития правовой регламентации процедуры в России с учетом опыта зарубежных стран. Автор приходит к выводу о необходимости сохранения существующей в российском праве нормы на общий запрет выбора пола будущего ребенка и предлагает расширить доступ к процедуре за счёт введения государственных квот.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *репродуктивные права, право на доступ к предимплантационной диагностике, предимплантационная диагностика, вспомогательные репродуктивные технологии.*

ANNOTATION: The article deals with the constitutional and legal problems of access to preimplantation diagnostics associated with a complex of ethical and legal problems and with the specifics of the normative regulation. The paper examines the prospects for the development of legal regulation of the procedure in Russia, considering the experience of foreign countries. The author concludes that it is necessary to preserve the general prohibition on the choice of the sex of the unborn child existing in Russian law and proposes to expand the access of citizens to the procedure by introducing state quotas.

KEYWORDS: *reproductive rights, the right to access preimplantation diagnostics, preimplantation diagnostics, assisted reproductive technologies.*

Актуальность темы исследования обусловлена этическими проблемами, связанными с нормативным регулированием предимплантационной диагностики (далее – ПГД). Применение ПГД тесно связано с реализацией конституционного права на жизнь, на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, на охрану здоровья и получение медицинской помощи, поэтому исследование конституционно-правового аспекта является необходимым не только для развития законодательства, но и для правоприменительной практики.

Перед рождением ребёнка многие родители прибегают к использованию различных методов диагностики, в том числе и к ПГД. ПГД представляет собой альтернативу пренатальной диагностике (далее – ПНД) и проводится на ранних эмбриональных стадиях *in vitro* в ходе цикла ЭКО. Для ПГД используется ДНК полярных телец эмбрионов, на основании анализа которой делается вывод о генетическом здоровье эмбриона.

На европейском уровне основным законодательным актом, регулирующим сферу использования ПГД, является «Директива о человеческих тканях и клетках»¹. Данный нормативный акт регулирует вопросы

¹ Directive 2004/23/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:102:0048:0058:en:PDF>

использования тканей и клеток человека при их перемещении в межгосударственном пространстве. Стоит отметить, что указанный акт является рамочным актом международного права – государства вправе регулировать ПГД иным, отличным от Директивы способом.

Например, в Великобритании для регулирования ПГД был создан отдельный орган – Управление по оплодотворению и эмбриологии человека². По данным управления в стране представлены 177 клиник, 16 из которых предоставляют услуги ПГД.

Стоит отметить большое количество законов и подзаконных актов, которые регулируют применение ПГД на практике.

Из ключевых положений нормативных актов можно отметить норму, запрещающую выбор пола будущего ребёнка (аналогичная норма есть в российском законодательстве), за исключением случаев, если информация о поле будущего ребёнка будет использована для профилактики наследственных заболеваний. Кроме того, помимо пола ПГД запрещена для тестирования на социальные, психологические характеристики, нормальные физиологические вариации или любые другие характеристики, не связанные с серьезными медицинскими состояниями.

Таким образом, ПГД разрешена только для пациентов, у которых предыдущие беременности прервались из-за серьезного генетического заболевания; для пациентов, у которых уже есть ребенок с серьезным генетическим заболеванием, и они не хотят, чтобы это повторилось; а также для пациентов, у которых есть семейная история серьезного генетического заболевания или хромосомных проблем.

Германия придерживается аналогичной позиции: единственная разрешенная техника для про-

ведения ПГД – анализ полярных телец, то есть использование человеческих эмбрионов для любых целей, кроме криоконсервации, категорически запрещено. Важно отметить, что выбор пола будущего ребёнка также запрещён, однако Германия, в отличие от Великобритании, четко регламентирует заболевания, при которых селекция пола допустима. К ним относят синдром Дюшенна или любое другое тяжелое X-сцепленное заболевание³.

Во Франции ПГД регулируется законом «О донорстве и использовании элементов человеческого тела, искусственном оплодотворении и пренатальной диагностике»⁴, принятым в 1994

году, и дополненным в 2004

году законом «О биоэтике»⁵. В 2004 году было создано Французское Агентство по Биомедицине, к задачам которого относят контроль исследований эмбриона в соответствии с французским законодательством, лицензирование медицинских центров (на сегодня их 50)⁶ на проведение ПГД и ПНД. Кроме того, в состав Агентства входят рабочие

группы специалистов, которым поручено давать рекомендации по диагностике генетических заболеваний, выявлению факторов генетической опасности и информированию родственников больных о рисках передачи потомству. Агентство также отвечает за предоставление общественности информации об использовании генетических тестов открытого доступа.

Применение ПГД во Франции разрешено только в случае, если у биологических родителей или близких родственников имеется тяжелое наследственное заболевание, которым потенциально может заразиться эмбрион. Выбор пола будущего ребёнка по общему правилу запрещён. Исключения из правила составляют особые медицинские показания.

СЕЛЕКЦИЯ ПОЛА РАЗРЕШЕНА ПАЦИЕНТАМ, У КОТОРЫХ ЕСТЬ СЕМЕЙНАЯ ИСТОРИЯ СЕРЬЕЗНОГО ГЕНЕТИЧЕСКОГО ЗАБОЛЕВАНИЯ ИЛИ ХРОМОСОМНЫХ ПРОБЛЕМ

² Human fertilisation and embryology authority. URL: <https://www.hfea.gov.uk/> (дата обращения 25.05.2021).

³ European Society of Human Reproduction and Embryology. URL: <https://www.eshre.eu/> (дата обращения 25.05.2021).

⁴ Закон от 29.07.1994 № 94-654 «О донорстве и использовании элементов человеческого тела, искусственном оплодотворении и пренатальной диагностике» URL:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000549618/> (дата обращения 25.05.2021).

⁵ Закон от 07.07.2011 №2011-814 «О биоэтике» URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024323102/?isSuggest=true> (дата обращения 25.05.2021).

⁶ Agence de la biomédecine. URL: <https://www.agence-biomedecine.fr/?lang=fr> (дата обращения 25.05.2021).



Законодательство Нидерландов идёт по выше-указанному пути других зарубежных стран. В стране действует Закон о правилах проведения медицинских исследований с участием людей⁷. По Закону ПГД допускается только для обследования на предмет потенциальных тяжёлых наследственных заболеваний. Выбор пола эмбриона также запрещён, за исключением случая наличия X-сцепленного заболевания⁸.

Однако в других зарубежных странах, например, в Таиланде, выбор пола будущего ребёнка возможен без каких-либо ограничений. В связи с этим многие выбирают данное государство для проведения ВРТ.

Интересным для анализа представляется правовое регулирование ПГД в странах СНГ. Так, например, статья 14 Кодекса о Браке и Семье Республики Беларусь (далее – Кодекс) содержит норму, согласно которой лица, вступающие в брак, вправе до заключения брака пройти бесплатное ме-

дицинское обследование в государственных организациях здравоохранения для определения состояния их здоровья и выявления наследственных заболеваний в порядке, установленном Министерством здравоохранения Республики Беларусь⁹. В этой же статье Кодекса указано, что в целях подготовки вступающих в брак к семейной жизни при отделах ЗАГС могут создаваться службы правового, медицинского и психологического консультирования. Однако воспользоваться данным правом на практике проблематично. Во-первых, отсутствует исчерпывающий перечень бесплатных исследований, подпадающий под 14-ю статью Кодекса. Во-вторых, для обоих супругов протоколом предусмотрены консультации врача-терапевта, других специалистов по показаниям при наличии заболеваний¹⁰. Диагностические мероприятия включают исследование гормонального статуса, углеводного обмена, гемостаза. Профилактические мероприятия — это коррек-

⁸ Чоговадзе А.Г. Особенности законодательного регулирования преимплантационной и пренатальной генетической диагностики в различных странах // Клеточная трансплантология и тканевая инженерия. 2012. Т.2. С.112-118.

⁹ Кодекс Республики Беларусь о Браке и Семье 278-3 от 9.07.1999 г. URL: https://kodeksy-by.com/kodeks_rb_o_brake_i_semje.htm (дата обращения 09.05.2021).

¹⁰ По закону молодожены в Беларуси могут пройти бесплатное генетическое обследование. Мы проверили это на практике URL: <https://www.kp.by/daily/27102/4175945/> (дата обращения 09.05.2021).

ция веса, рациональное или диетическое питание, прием препаратов фолиевой кислоты и йода, симптоматическая терапия выявленных или хронических заболеваний, санация очагов инфекции, нормализация менструального цикла у женщины. Таким образом, кариотипирование в Республике Беларусь не входит в перечень обязательных исследований. Если в семье у кого-то из пары есть генетические заболевания или было несколько неудачных беременностей, то специалист может дать направление на бесплатное исследование.

Как уже было отмечено, каждое отдельно взятое государство самостоятельно регулирует проведение ПГД. В большинстве государств ПГД разрешено только для пациентов, у которых предыдущие беременности прервались из-за серьезного генетического заболевания или у которых уже есть ребенок с серьезным генетическим заболеванием, и пациенты не хотят, чтобы это повторилось. Селекция пола разрешена пациентам, у которых есть семейная история серьезного генетического заболевания или хромосомных проблем.

В Российской Федерации проведение ПГД регламентируется Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»¹¹ (далее – Закон) и Приказом Министерства здравоохранения РФ от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению»¹² (далее – Приказ). Часть 4 статьи 55 Закона закрепляет прямой законодательный запрет на выбор пола будущего ребенка, за исключением случаев возможности наследования заболеваний, связанных с полом. Однако данный Закон, как и Приказ, не детализирует проведение именно таких видов диагностик, в частности ПГД. При этом из-за крайне высокой стоимости¹³ ПГД как медицинская процедура остается недоступной большинству нуждающихся в ней граждан.

Селекция ребёнка по гендеру и состоянию здоровья является одной из биоэтических проблем –

РАЗРЕШАЯ И ЗАКРЕПЛЯЯ НА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ УРОВНЕ ЛЮБЫЕ ВИДЫ ГЕНЕТИЧЕСКИХ ДИАГНОСТИК, МЫ НЕ ТОЛЬКО ОСТАВЛЯЕМ ПРАВО ЗА ПОТЕНЦИАЛЬНЫМИ РОДИТЕЛЯМИ НА ОСОЗНАННОЕ И ОБДУМАННОЕ РОДИТЕЛЬСТВО, НО И МИНИМИЗИРУЕМ РИСКИ ВРОЖДЕННЫХ ПАТОЛОГИЙ У ЛЮДЕЙ С ОГРАНИЧЕННЫМИ ВОЗМОЖНОСТЯМИ

проблемы «позитивной евгеники»¹⁴, которая оценивается с биоэтической точки зрения довольно неоднозначно.

«Евгеника» – термин, который с годами приобрел множество значений, обычно понимается как «хорошо рожденный». Точное определение термина было впервые введено Фрэнсисом Гальтоном в 1883 году. Евгеника была определена Гальтоном как «наука, которая призвана разрабатывать методы социального контроля, которые «могут исправить или улучшить качества будущих поколений, как физические, так и интеллектуальные»¹⁵. Есть опасение, что ПГД может привести к новой форме евгеники. Консультация, направленная на ПГД, вызывает беспокойство у некоторых представителей общества. Так, например, опросы, проведенные в Соединенных Штатах, показывают, что некоторые респонденты твердо убеждены, что следует ограничить право потенциальных родителей на использование ПГД. При этом около половины респондентов отметили, что ПГД – это «главная проблема в вопросе о вредных последствиях ВРТ»¹⁶.

Резкая критика против использования ПГД, как правило, исходит от лиц с ограниченными возможностями (далее – ЛОВ). С их точки зрения,

¹¹ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // «Российская газета», № 263, 23.11.2011.

¹² Приказ Министерства здравоохранения РФ от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» (Зарегистрировано в Министерстве юстиции России 19.10.2020 № 60457) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 19.10.2020.

¹³ Предимплантационное генетическое тестирование (ПГТ). URL: https://ncagp.ru/index.php?_t8=287 (дата обращения 25.05.2021).

¹⁴ Брызгалова Е. В. Концепции современного естествознания: учебник. – Москва: Проспект, 2015. С. 310

¹⁵ Электронная библиотека института РАН. URL: <https://iphlib.ru/library> (дата обращения 25.05.2021).

¹⁶ Henaghan, Mark, CHOOSING GENES FOR FUTURE CHILDREN, Chapter 4, Human Genome Research Project, 2006. URL: <https://www.ssrn.com/> (дата обращения 25.05.2021)

некоторые формы генетических заболеваний несправедливо выделяют в перечень рекомендуемых скринингов на этапе планирования и во время беременности, что даёт людям искажённое представление об их ежедневной жизни. По их мнению, сегодняшнее применение ПГД несет в себе мощный посыл, который негативно влияет на ЛОВ, влияет на женщин в принятии решений об их беременности и усиливает общее стереотипное отношение общества к ЛОВ. ЛОВ испытывают растущее, но все еще неустойчивое чувство гордости за свою «идентичность»¹⁷.

Более того, многие родители подтверждают радость и удовлетворение от воспитания такого ребенка¹⁸. Обширная литература книг и статей подтверждает мнение о том, что дискриминационное отношение делает воспитание ребенка с ограниченными возможностями и уход за ним более трудными, чем это есть на самом деле¹⁹. Многие родители детей с синдромом Дауна говорят, что их дети приносят им радость. Но среди людей, мало знакомых с ЛОВ, принято думать, что это романтизация или рационализация того, кто столкнулся с бременем больного ребенка.

По моему мнению, ПГД не несет в себе никакой формы дискриминации. Разрешая и закрепляя на законодательном уровне любые виды генетических диагностик, мы не только оставляем право за потенциальными родителями на осознанное и обдуманное родительство, но и минимизируем риски врожденных патологий у людей с ограниченными возможностями. Так, например, если оба родителя несут в себе неисправный ген, существует вероятность, что каждый партнер внесет ещё один доминирующий неисправный ген в плод, что приведет к состоянию «двойного доминирования», которое в этой форме «дополнительной дозы гена» неизменно сопровождается тяжелыми медицинскими осложнениями и ранней смертью.

Таким образом, люди, которые являются носителями неисправного гена и в будущем хотят стать родителями, все ещё могут использовать ПГД, чтобы избежать рождения плода, идентифицированного «двойным доминированием», который, вероятно, умрет вскоре после рождения.

Нельзя не отметить, что сегодня Министерство здравоохранения предлагает изменить список медицинских показаний, по которым женщина может сделать аборт на любом сроке беременности. Рекомендации одновременно и добавляют заболевания, при которых можно прервать беременность, и убирают некоторые нормы, которые содержались ранее. Например, теперь предлагается разрешить делать аборт, если женщина болеет ВИЧ (4-я стадия), различными психическими расстройствами, некоторыми заболеваниями нервной системы (например, эпилепсией) и другими острыми заболеваниями.

В то же время сегодня из медицинских показаний к аборту хотят убрать диагностированные у женщины злокачественные образования (если не назначена химиотерапия), психозы, вызванные употреблением наркотиков, депрессивные эпизоды, хромосомные нарушения (такие как синдромы Дауна, Патау и Тернера) и другие заболевания²⁰.

Возникают следующие вопросы: если для процедуры прерывания беременности перечень сокращается, то и в отношении ПГД отсутствует необходимость рассматривать исключаемые заболевания как проблематичные? Обязуется ли государство в таком случае предоставлять социальную поддержку таким детям? Как это отразится на репродуктивном туризме?

**ИЗМЕНЯЯ СПИСОК
МЕДИЦИНСКИХ ПОКАЗАНИЙ,
ПО КОТОРЫМ МОЖНО СДЕЛАТЬ
АБОРТ, ЖЕНЩИНЫ ФАКТИЧЕСКИ
ЛИШАЮТСЯ ВОЗМОЖНОСТИ
САМОСТОЯТЕЛЬНО
РЕШАТЬ, ГОТОВЫ ЛИ ОНИ
ВЫНАШИВАТЬ, РОЖАТЬ
И ВОСПИТЫВАТЬ РЕБЕНКА
С СЕРЬЕЗНЫМИ ВРОЖДЕННЫМИ
ЗАБОЛЕВАНИЯМИ
ПРИ ДИАГНОСТИКЕ ТАКОГО
ЗАБОЛЕВАНИЯ**

¹⁷ См. там же.

¹⁸ См. там же.

¹⁹ См. там же.

²⁰ «Польский путь»? Зачем в России хотят изменить список показаний для аборта.
URL: <https://www.bbc.com/russian/features-55320868> (дата обращения 25.05.2021).

Таким образом, изменяя список медицинских показаний, по которым можно сделать аборт, женщины фактически лишаются возможности самостоятельно решать, готовы ли они вынашивать, рожать и воспитывать ребенка с серьезными врожденными заболеваниями при диагностике такого заболевания. Более того, исключая из перечня противопоказаний к аборту хромосомные нарушения, государство должно предоставлять социальную поддержку в обеспечении наиболее благоприятной жизни для таких людей.

Подводя итоги исследования, видится целесообразным, во-первых, оставить норму о разрешении выбора пола будущего ребёнка в случае наличия у близких родственников генетических заболеваний, например, гена гемофилии. Во-вторых, законодательно разрешить ПГД для пациентов, у которых есть семейная история серьезного генетического заболевания или хромосомных проблем. В-третьих, расширить доступ граждан к ПГД за счёт введения государственных квот на проведение таких исследований.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Брызгалина Е. В. Концепции современного естествознания: учебник. — Москва: Проспект, 2015. — 496 с.
2. Чоговадзе А.Г. Особенности законодательного регулирования преимплантационной и пренатальной генетической диагностики в различных странах // Клеточная трансплантология и тканевая инженерия. 2012. Т.2. С.112-118.

Нормативные акты:

3. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020.
4. Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // «Российская газета», № 263, 23.11.2011.
5. Приказ Министерства здравоохранения РФ от 31.07.2020 № 803н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» (Зарегистрировано в Министерстве юстиции России 19.10.2020 № 60457) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 19.10.2020.

Электронные ресурсы:

6. Directive 2004/23/EC of The European Parliament and of The Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:102:0048:0058:en:PDF>

7. European Society of Human Reproduction and Embryology. URL: <https://www.eshre.eu/> (дата обращения 25.05.2021).
8. Agence de la biomedicine. URL: <https://www.agence-biomedecine.fr/?lang=fr> (дата обращения 25.05.2021).
9. Human fertilisation and embryology authority. URL: <https://www.hfea.gov.uk/> (дата обращения 25.05.2021).
10. Medical Research Human Subjects Act. URL: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0009408/2020-01-01> (дата обращения 25.05.2021).
11. Henaghan, Mark, CHOOSING GENES FOR FUTURE CHILDREN, Chapter 4, Human Genome Research Project, 2006. URL: <https://www.ssrn.com/> (дата обращения 25.05.2021).
12. Предимплантационное генетическое тестирование (ПГТ)/ URL: <https://ncagp.ru/index.php?t8=287> (дата обращения 25.05.2021).
13. Кодекс Республики Беларусь о Браке и Семье 278-3 от 9.07.1999 г. URL: https://kodeksy-by.com/kodeks_rb_o_brake_i_semje.htm (дата обращения 09.05.2021).
14. Закон от 29.07.1994 № 94-654 «О донорстве и использовании элементов человеческого тела, искусственном оплодотворении и пренатальной диагностики». URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000549618/> (дата обращения 25.05.2021).
15. Закон от 07.07.2011 №2011-814 «О биоэтике». URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024323102/?isSuggest=true> (дата обращения 25.05.2021).
16. «Польский путь»? Зачем в России хотят изменить список показаний для аборта. URL: <https://www.bbc.com/russian/features-55320868> (дата обращения 25.05.2021).
17. По закону молодожены в Беларуси могут пройти бесплатное генетическое обследование. Мы проверили это на практике URL: <https://www.kp.by/daily/27102/4175945/> (дата обращения 09.05.2021).

ОБЩАЯСЬ ДРУГ С ДРУГОМ И ЧИТАЯ ДРУГ ДРУГА, МЫ УСВАИВАЕМ И ПЕРЕДАЕМ ЗНАНИЯ

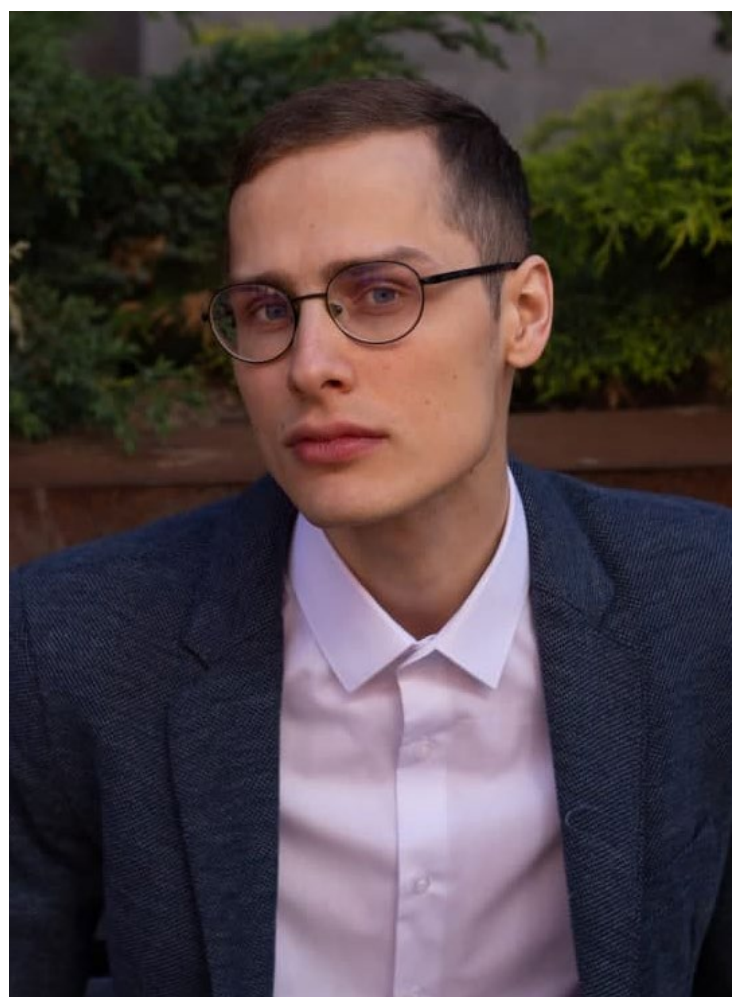
Михаил Пестов,
магистр частного права
(РШЧП), аспирант НИУ
ВШЭ, ведущий специалист
ИЦЧП при Президенте РФ

— **Как проходило твоё обучение в Перми? Как живёт сегодня региональная наука?**

— До определенного момента моё обучение было неосознанным. Я просто старался учиться хорошо, чтобы не было стыдно перед родителями и преподавателями. Долгое время основным мотивирующим фактором был страх, нежели интерес. Возможно, именно поэтому где-то в середине второго курса я всерьез думал о том, чтобы отчислиться. Правда, к концу третьего курса я всё же смог заинтересоваться гражданским правом. Так я и попал в РШЧП. Затрудняюсь дать точное описание из жизни региональной науки. Думаю, что она мало отличается от жизни науки столичной: те же конференции, те же научные сообщества. Разница, пожалуй, лишь в количестве заинтересованных в её поддержании и развитии лиц. Нередко, когда какой-нибудь руководитель/ница СНО заканчивает обучение, под вопрос ставится существование СНО в целом. И это, к сожалению, касается не только научных сообществ.

— **Почему после окончания РШЧП ты не пошёл в консалтинг/инхаус, а ушёл с головой в науку?**

— Не могу сказать, что в науку я ушел с головой. С одной стороны, сфера моих интересов не огра-



ничивается юриспруденцией. С другой стороны, на протяжении истории фигура ученого-юриста никогда не была оторвана от практики. Даже в среде гуманистов были те, кто плотно занимался современным правом (например, Шарль Дюмулен). Другое дело, что меня действительно не привлекают некоторые аспекты практической юриспруденции, вроде постоянного взаимодействия с судебными и исполнительными органами. Конечно, я прекрас-

но понимаю, что это – неотъемлемая часть нашей профессии и что многие мои ровесники уже имеют в этом куда более солидный опыт, нежели мой. Возможно, мне просто милее отыскание и предложение различных решений юридической проблемы, чем принятие одного из них.

– На твой взгляд, в современной России образование не превратилось в самообразование?

– Думаю, что могу обоснованно судить лишь о юридическом образовании. Могу сказать, что здесь ещё ощущается значение дидактического элемента. Нужен постоянный диалог преподавателя со студентами. На самом деле юриспруденция – это в целом про непрерывное общение, будь то с современными юристами или их коллегами времен поздней Римской республики. Общаясь друг с другом и читая друг друга, мы усваиваем и передаем знания.

С другой стороны, мне довелось учиться с очень занятыми на работе студентами. Одного, например, я и вовсе видел всего три раза в РШЧП. И тем не менее ему удавалось сдавать на отлично все экзамены! Но боюсь, что он всё же составляет исключение и что для многих студентов, вроде меня, всё же необходимо общение для лучшего закрепления знаний. Когда я жил в общежитии, то постоянно обсуждал различные проблемы частного права с однокурсниками, которые жили вместе со мной. Это помогает: ты объясняешь, слушаешь чужое объяснение и запоминаешь. Сейчас, признаюсь, мне этого очень не хватает.

– Как проходит день сотрудника Исследовательского центра? В чём заключается твоя работа?

– Сотрудники Исследовательского центра имеют самые разные направления деятельности. У меня их два. Первое заключается в написании заключе-

ний на законопроекты или запросы судебных органов. Второе мое направление сосредоточено на анализе зарубежного права. Так, например, в ходе реформы главы 48 ГК РФ мы с коллегами готовили аналитические справки по различным вопросам страхования. Я занимался анализом немецкого страхового права.

– Ты замечательно владеешь немецким языком. Не было ли желания уехать получать PhD в Германию, Австрию или Швейцарию?

– Я владею немецким в той степени, в какой он позволяет мне читать юридическую литературу и обсуждать бытовые темы. Ни того, ни другого не достаточно, чтобы сдать тот же TestDaF. А без него многие немецкие университеты не готовы предоставлять стипендии. Правда, когда я стал задумываться об обучении в Германии, то заметил, что многие программы по DAAD несколько отдалены от сферы моих интересов. Поэтому в конечном счете мой выбор пал на Институт Макса Планка по теории и истории права в Гамбурге. При этом в нем не обязательно наличие языковых сертификатов. Именно

поэтому я не стал сдавать TestDaF в прошлом году, рассчитывая, что получу стипендию там. Но не получил. Думаю, в скором времени попробую снова.

– Тема твоей кандидатской диссертации продолжает тему магистерской, только с уходом в римское право. Можешь вкратце рассказать, о чём пишешь и почему это важно? Трудно ли работать с римским правом?

– Если честно, тему я уже сменил. Просто на сайте Вышки пока что указана прежняя информация. Я действительно изначально хотел изучить разграничение правового и фактического в институте заблуждения на материале римского права. Как известно, отношение к ошибке в факте и ошибке в праве совершенно различное. Но при этом оста-



**ЮРИСПРУДЕНЦИЯ – ЭТО
В ЦЕЛОМ ПРО НЕПРЕРЫВНОЕ
ОБЩЕНИЕ, БУДЬ ТО
С СОВРЕМЕННЫМИ ЮРИСТАМИ
ИЛИ ИХ КОЛЛЕГАМИ
ВРЕМЕН ПОЗДНЕЙ РИМСКОЙ
РЕСПУБЛИКИ. ОБЩАЯСЬ ДРУГ
С ДРУГОМ И ЧИТАЯ ДРУГ
ДРУГА, МЫ УСВАИВАЕМ
И ПЕРЕДАЕМ ЗНАНИЯ**



ются вопросы «Почему?» и «Как?»: почему ошибка в праве не извинительна и как мы ограничиваем право от факта? Проблема обостряется тем, что римляне не имели современное позитивистское представление о праве, которое ориентируется в первую очередь на нормативные акты.

Говорить об этом можно долго, но лишь в самых общих чертах, поскольку доступной литературы по этой теме очень мало. Именно поэтому я при-

нял решение сменить тему. При этом теперь моё внимание приковано к тому, с чего я начинал, работая над прежней темой: к методологическим аспектам римской юриспруденции. Сама попытка классификации различных типов заблуждения отсылает нас к диалектическим началам родовидового деления. Но откуда ему могли научиться римские юристы? Возможно ли здесь вести речь о влиянии достижений древнегреческой мысли?

И если да, то что оказало решающее воздействие: логика с её претензией на формальную непротиворечивость или же риторика с её искусством убеждения? Примерно этими вопросами я и занят на текущий момент.

В целом, работать с римским правом невероятно трудно. Здесь приходится быть немного историком, немного философом и в значительной степени филологом. Порой мне кажется, что я взял непосильную задачу. Но зато это невероятно интересно! Мне в целом нравится история ещё со школы, и я рад, что теперь могу совместить моё увлечение с моей профессией.

– Ты преподаёшь бакалаврам Вышки. Как ты с ними взаимодействуешь? Каких образовательных методик придерживаешься?

– Я веду занятия для непрофильных студентов по праву, стараясь размыть искусственно навешанные границы между преподавателем и студентом как источником получения информации и её реципиентом. Каждый из нас учится во время образовательного процесса, и чтобы научиться больше, я стремлюсь вовлечь их в общение. Конечно, на мне лежит значительная ответственность, связанная с воспитательным аспектом обучения. Какими бы взрослыми ни были студенты, любое высказываемое суждение преподавателя невольно будет подкрепляться авторитетом его статуса. Поэтому я сохраняю некоторые рамки нашего общения, избегая по мере возможности выражения собственного мнения по ряду вопросов.

Что касается содержательных аспектов, то я стараюсь изложить каждую тему в исторической перспективе: объяснить, как и почему появились различные юридические институты. Это позволяет задействовать знания, которыми могут обладать даже непрофильные студенты. И этот же формат

истории, как мне кажется, делает занятия по праву интересней.

Моей первостепенной задачей является сделать так, чтобы студентам было интересно. Это положительная эмоция, которую наш мозг откладывает в голове. Мне в целом кажется, что всё наше знание – это отрефлексированное удовольствие. Поэтому крайне важно не запугивать студента, грозя ему отчислением за несданный экзамен. Помню, что в Пермском университете философию вел преподаватель, который славился своей строгостью, и из-за которого были отчислены многие студенты.

Конечно, это мотивировало готовиться, и экзамен я сдал. Вот только материал улетучился из головы буквально на следующий день. И наоборот, преподаватель по социологии не требовал многого на экзамене, зато очень увлекательно вел лекции, отчего я и по сей день помню значительную их часть.

– Как, на твой взгляд, нужно организовать учебный процесс юристов?

– А что мы понимаем под учебным процессом? Если вести речь только о лекциях, то я думаю, что на бакалавриате они должны

обладать системностью, а на магистратуре – глубиной охватываемого материала. Здесь мой взгляд вряд ли отличается от общепринятого. Общепринятым может показаться и желание пересмотреть учебный план, включив и исключив из него ряд дисциплин. Например, я бы добавил больше иностранных языков, но зато исключил бы ряд непрофильных предметов. До сих пор не понимаю, зачем студенту-юристу решать на первом курсе задачи на законы спроса и предложения или читать литературу про менеджмент? Аргумент про актуальность и применимость этих знаний в жизни каждого, по-моему, весьма слабый. Почему бы тогда не ввести курс по столярному мастерству? Уверен,



**КАКИМИ БЫ ВЗРОСЛЫМИ
НИ БЫЛИ СТУДЕНТЫ, ЛЮБОЕ
ВЫСКАЗЫВАЕМОЕ СУЖДЕНИЕ
ПРЕПОДАВАТЕЛЯ НЕВОЛЬНО
БУДЕТ ПОДКРЕПЛЯТЬСЯ
АВТОРИТЕТОМ ЕГО СТАТУСА.
ПОЭТОМУ Я СОХРАНЯЮ
НЕКОТОРЫЕ РАМКИ НАШЕГО
ОБЩЕНИЯ, ИЗБЕГАЯ ПО МЕРЕ
ВОЗМОЖНОСТИ ВЫРАЖЕНИЯ
СОБСТВЕННОГО МНЕНИЯ ПО
РЯДУ ВОПРОСОВ**

что с шатающимися стульями или сломанной замочной скважиной среднестатистический студент встречается куда чаще, чем с управлением предприятием. Да и в целом университет – не то место, чтобы давать «жизненные» навыки. На это, скорее, должна быть рассчитана программа среднего общеобразовательного учреждения. В университете мы идем за специальными знаниями и навыками.

– Как оцениваешь состояние современной юридической науки в России? Какие проблемы и пути их решения ты видишь?

– Юридическая наука в России – явление самобытное в части своей истории, но не в части перспектив развития и принципов функционирования. В этой связи я замечаю схожие черты с европейской наукой частного права. Например, как и за рубежом, у нас довольно много публикаций, посвященных корпоративному, интеллектуальному или договорному праву. В этой сфере работают и множество прекрасных специалистов, которые, будучи преподавателями, передают свои знания молодому поколению. Поэтому перспектива развития юридической науки в этих направлениях довольно ясная и светлая.

Тем не менее принципы функционирования также предполагают определенный набор черт, которых у нас, кажется, нет. Здесь мне видятся проблемы формального и содержательного характера. Проблема формальная состоит в недофинансировании научных институтов. Так, например, покупка научной литературы – удовольствие подчас весьма дорогое, особенно зарубежной. То же самое касается и спонсирования исследований. Если государство хочет обогатить свой кадровый резерв, ему необходимо предлагать огромное количество грантов для ученых со всего мира. Отчасти этим занималась и продолжает заниматься Германия,

которая, будучи научно обескровленной за период нацистского режима, очень быстро смогла восстановиться. Думаю, отчасти причина именно в большом количестве стипендиальных программ, которые предлагают немецкие университеты.

Содержательная проблема заключается в непроработанности многих отраслей юридической науки. Бытует мнение, что в советский период больше повезло тем отраслям, что менее политизированы, а стало быть, менее подвержены государственному вмешательству. В общем-то, это верно. Условно говоря, государству нет никакого дела, ска-

жете ли вы «*casum sentit dominus*» или «*periculum est emptoris*». Но вот если взяться за определение самого государства... Думаю, отчасти поэтому наши учебники по теории государства и права по-прежнему гордо вынашивают это сомнительное деление в своих заглавиях.

У меня нет однозначного решения содержательной проблемы. Как нет и уверенности в том, что разрыв с современным состоянием юридической науки в некоторых сферах вообще может быть устранен. Слишком уж многое мы упустили за известный период времени. Не берусь говорить абсолютно за всю

юриспруденцию. Могу лишь сказать, что количество литературы по римскому праву, появившейся с 1920-х у нас в стране, просто не сравнимо с тем, чем обладают библиотеки Италии или Германии. Это настоящая национальная трагедия, и у нас нет ни времени, ни достаточного количества специалистов, чтобы всё это наверстать. Наверное, если бы наши ученые в 90-х годах договорились вообще ничего не писать, а только переводить и комментировать переведенное этак лет двадцать, то мы достигли бы куда больших успехов. Но как я уже сказал, общение – неотъемлемое условие развития юридической науки. Просто важнее всё же слушать других, нежели говорить самому.



**НАВЕРНОЕ, ЕСЛИ БЫ
НАШИ УЧЕНЫЕ В 90-Х
ГОДАХ ДОГОВОРИЛИСЬ
ВООБЩЕ НИЧЕГО
НЕ ПИСАТЬ, А ТОЛЬКО
ПЕРЕВОДИТЬ
И КОММЕНТИРОВАТЬ
ПЕРЕВЕДЕННОЕ ЭТАК
ЛЕТ ДВАДЦАТЬ, ТО МЫ
ДОСТИГЛИ БЫ КУДА
БОЛЬШИХ УСПЕХОВ**



President LawJournal

🌐 www.plawj.com

📌 vk.com/pl_journal

Научный руководитель журнала: Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала: Киктенко К.Г.

Заместитель главного редактора: Езюков В.К.

Редакционная коллегия: Ермошин П.Ю.,
Кирилина А.А., Пьянкова А.Ф., Косцов В.Н.,
Козырин А.А., Зальцзейлер Л.

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