

President Law Journal

3' 21

БОЛЬШОЕ
ИНТЕРВЬЮ

с Андреем
Владимировичем
Егоровым

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ
АРБИТРАЖНЫХ
УПРАВЛЯЮЩИХ

МЕНЯ НЕ ПУГАЛИ
ТРУДНОСТИ

ПРОИЗВЕДЕНИЯ
ФАНАТОВ
КАК ЯВЛЕНИЕ
ПРАВОВОГО
ПРОСТРАНСТВА

УКРОЩАЯ
ЛЕВИАФАНА?

LEX
MERCATORIA:
HISTORY,
PRESENT AND
THE FUTURE



РАНХиГС
НАЦИОНАЛЬНЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ
ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ



ИНСТИТУТ
ПРАВА И НАЦИОНАЛЬНОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ





**Иванова Татьяна
Николаевна,**
научный
руководитель
журнала



**Киктенко
Константин
Геннадьевич,**
главный редактор
журнала

В первых строчках очередного выпуска *President Law Journal* мы хотим поблагодарить Вас, уважаемые читатели и авторы, за поддержку и интерес к нашему изданию и сообщить главную новость последних дней.

Наш журнал включили в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ). Поэтому все статьи с первого выпуска проиндексированы, и дальнейшие работы также будут включены в систему. Большую работу по включению нашего журнала в РИНЦ проделал заместитель главного редактора Виктор Езюков, за что ему великая благодарность. Со следующего номера журнала мы повышаем требования к публикуемым статьям как в плане их содержания, так и в плане их оформления. Новые требования будут опубликованы в ближайшее время на сайте журнала.

В данном номере особо выделим несколько статей. Например, статью М.А. Козырева, рассказавшего об особенностях и практике применения терапевтического использования как методе легализации запрещённых субстанций в профессиональном спорте. Статья Ю.В. Басаркиной продолжает полемику вокруг прав на *fanfiction* произведения, диспутируя с работой А.В. Сафьянникова, опубликованной в летнем номере *PLJ*. Интересна и статья А.А. Кирилиной, в которой проводится анализ становления трёх систем (этапов) *lex mercatoria*.

Героем Большого интервью стал Андрей Владимирович Егоров. О событиях 2014 года, уходе из РШЧП, своей учёбе, науке права, студентах и Лексториуме читайте на страницах нашего издания. Интервью получилось интересным, душевным и откровенным.

В рубрике «Выпускник юрфака» аспирант УрГЮУ Александр Козырин рассказал о своём пути в профессию и науку, с какими трудностями приходится встречаться лицом к лицу начинающему юристу, каковы перспективы цифровизации процессов для права и граждан, а также дал ценные советы студентам юридических факультетов.

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

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Интересы кредиторов и расширение круга лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности в процессе несостоятельности (банкротства) – соблюден ли баланс?
The interests of creditors and the expansion of the circle of persons brought to secondary liability in the process of insolvency (bankruptcy) – is there a balance?

Автор: Пятунина Елизавета Кирилловна

- 13** Произведения фанатов как явление правового пространства.

Fan works as a phenomenon in the legal space.

Автор: Басаркина Юлия Витальевна

- 23** Сравнительно-правовой анализ регулирования биобанкинга пуповинной крови в России и Испании.
Comparative legal analysis of the regulation of cord blood biobanking in Russia and Spain.

Автор: Еськова Виктория Александровна

- 32** Юридическая конструкция преимущественного права.
The legal structure of the preemptive right.

Автор: Ананьев Александр Евгеньевич

- 40** Сравнительный анализ ответственности арбитражного управляющего в немецком и российском праве.
Comparative analysis of the bankruptcy commissioner's liability in German and Russian law.

Автор: Езюков Виктор Константинович

РЕЦЕНЗИИ И КРИТИКА

- 46** Укрощая Левиафана? Рецензия на две связанные работы Ralf Michaels и Nils Jansen: «Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations» и «Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization»
Taming the Leviathan? Review of two related works: Ralf Michaels and Nils Jansen: «Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations» and «Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization»

Авторы: Киктенко Константин Геннадьевич

ИНТЕРВЬЮ

- 52** Большое интервью с Андреем Владимировичем Егоровым.

Беседовал Константин Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 73** Терапевтическое использование (ТИ) как метод «легализации» применения запрещенных субстанций и методов в профессиональном спорте.
Therapeutic use exemptions (TUES) as a legal basis for the use of prohibited substances and methods in elite sport.

Автор: Козырев Максим Алексеевич

LAW UNLIMITED

- 81** «Lex mercatoria: history, present and the future»

Автор: Кирилина Алёна Андреевна

ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 87** Александр Козырин: «Меня не пугали трудности».

**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.

Помощники главного редактора:
Климанов Е.И., Коротченкова М.В.,
Антропова А.В., Остапова А.Л.

Редакционная коллегия:

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

Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.

Свидетельство о регистрации СМИ:

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599

Журнал индексируется в РИНЦ: ID 75439



УДК 343.535



Пятунина Елизавета Кирилловна

(Pyatunina2000@mail.ru)

студентка 3 курса бакалавриата
юридического факультета МГУ им.
М.В.Ломоносова

Elizaveta Pyatunina

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

Научный руководитель:

Харитоновна Юлия Сергеевна

доктор юридических наук, профессор
кафедры предпринимательского
права юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Yuliya Haritonova

PhD in Law, professor

ИНТЕРЕСЫ КРЕДИТОРОВ И РАСШИРЕНИЕ КРУГА ЛИЦ, ПРИВЛЕКАЕМЫХ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ПРОЦЕССЕ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА) – СОБЛЮДЁН ЛИ БАЛАНС?

THE INTERESTS OF CREDITORS AND THE EXPANSION OF THE CIRCLE OF PERSONS BROUGHT TO SECONDARY LIABILITY IN THE PROCESS OF INSOLVENCY (BANKRUPTCY) – IS THERE A BALANCE?

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются категории лиц, которые могут быть привлечены к субсидиарной ответственности по долгам юридического лица в деле о банкротстве. Анализ практики по вопросу применения судами главы III.2 Закона о банкротстве показал, что суды неоправданно расширяют круг лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности. Сделан вывод о том, что необходимо выработать новую, более сбалансированную модель обращения взыскания на имущество родственников контролирующих должника лиц, например, через институт банкротства физического лица.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *банкротство, субсидиарная ответственность, контролирующие лица, руководитель должника, родственники контролирующего лица, баланс интересов.*

ANNOTATION: The article considers the categories of persons who can be brought to secondary liability for the debts of a juridical person in bankruptcy proceedings. An analysis of the courts' practice in applying Chapter III.2 of the Bankruptcy Law showed that the courts unreasonably expand the range of persons brought to secondary liability. It is concluded that it is necessary to develop a new, more balanced model of levying execution on the property of relatives of the debtor's controlling persons, for example, through the institution of bankruptcy of an individual.

KEYWORDS: *bankruptcy, secondary liability, controlling person, obligator's executive, relatives of controlling person, balance of interests.*

В процедуре банкротства используется целый ряд инструментов, направленных на защиту прав и интересов кредиторов лица, находящегося в банкротстве. Эти инструменты значительно отличаются от знакомого нам списка способов защиты прав, установленного в Гражданском кодексе РФ¹ (далее – ГК РФ) в ст. 12. Данный список является открытым, что и позволяет установить особые средства в рамках банкротного законодательства. Следует отметить, что ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»² (далее – Закон о банкротстве), в отличие от ГК РФ, не содержит единой нормы, в которой были бы раскрыты специфические способы защиты, присущие отношениям несостоятельности (банкротства).

Здесь же следует указать, что действующее российское законодательство в настоящее время воспринимает ответственность контролирующих лиц именно в узком смысле — применительно к ответственности только в процессе банкротства. В целом можно отметить, что целью данного института является защита добросовестных кредиторов от недобросовестных действий лиц, контролирующих должника. В каждом

¹ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СПС «Консультант плюс».

² Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 02.01.2021) // СПС «Консультант плюс».

отдельном случае, как будет показано далее, должен быть доказан факт вмешательства лица, фактически контролировавшего организацию, в ее обязательства таким образом, чтобы она не смогла их исполнить. То есть контролирующие должника лица недобросовестным образом явно ущемляют интересы кредиторов. В связи с этим законодатель представляет оправданным привлечение к ответственности таких юридических и физических лиц по долгам должника.

С теоретической точки зрения возникает ряд проблем, связанных с применением данного института. Как известно, российское корпоративное законодательство по вопросам ответственности учредителей и участников хозяйственных обществ строится на основе принципа сепарации – разделения долгов общества и долгов участника, ограничения ответственности учредителей по долгам общества³. В Постановлении Пленума ВС № 53⁴ указано, что привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности является лишь исключительным механизмом восстановления нарушенных прав кредиторов: «При его применении судам необходимо учитывать сущность конструкции юридического лица, предполагающей имущественную обособленность этого субъекта (п. 1 ст. 48 ГК РФ), его самостоятельную ответственность (ст. 56 ГК РФ)...».

В то же время многие исследователи отмечают, что в условиях современного имущественного оборота между хозяйствующими субъектами в процессе осуществления предпринимательской деятельности довольно часто возникают отношения экономической зависимости, когда воля зависимого лица формально, *de jure*, сохраняется, однако *de facto* процесс её формирования полностью зависит от другого лица⁵. Такое отсутствие автономии юридического лица не должно влечь применение общих правил об ограничении имущественной ответственности ее контролирующего участника⁶. Другими словами, привлечение к ответственности контролирующего должника лиц по сути является проблемой «снятия

**ЦЕЛЮ ДАННОГО ИНСТИТУТА
ЯВЛЯЕТСЯ ЗАЩИТА
ДОБРОСОВЕСТНЫХ КРЕДИТОРОВ
ОТ НЕДОБРОСОВЕСТНЫХ ДЕЙСТВИЙ
ЛИЦ, КОНТРОЛИРУЮЩИХ
ДОЛЖНИКА. В КАЖДОМ
ОТДЕЛЬНОМ СЛУЧАЕ, КАК БУДЕТ
ПОКАЗАНО ДАЛЕЕ, ДОЛЖЕН БЫТЬ
ДОКАЗАН ФАКТ ВМЕШАТЕЛЬСТВА
ЛИЦА, ФАКТИЧЕСКИ
КОНТРОЛИРОВАВШЕГО
ОРГАНИЗАЦИЮ,
В ЕЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ТАКИМ
ОБРАЗОМ, ЧТОБЫ ОНА НЕ СМОГЛА
ИХ ИСПОЛНИТЬ**

корпоративной вуали», когда ответственность юридического лица переносится на иных лиц, так или иначе определяющих его судьбу.

Последовательная реализация принципа разделения предоставляет огромные возможности участникам оборота для злоупотребления корпоративными правами: недобросовестные лица могут использовать конструкцию юридического лица для достижения своих незаконных целей, например, для вывода активов в преддверии банкротства, тем самым лишая кредиторов возможности удовлетворения своих требований за счёт выведенных активов. В то же время реализация благих намерений защиты интересов кредиторов корпорации посредством абсолютизации концепции «снятия корпоративной вуали» повлечет за собой отрицательные последствия в виде размывания конструкции юридического лица как таковой, что в свою очередь никак не будет способствовать стабильности гражданского оборота. Снятие корпоративного покровов всегда должно оставаться исключением из общего принципа самостоятельности и независимости корпорации⁷.

³ Шиткина И. «Снятие корпоративной вуали» в российском праве: правовое регулирование и практика применения // *Хозяйство и право*. – 2013. – № 2. – С. 3-25.

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».

⁵ Федчук В. Д. *De facto* зависимость *de jure* независимых юридических лиц: проникновение за корпоративный занавес в праве ведущих зарубежных стран. // Wolters Kluwer Russia, 2010. 367 С.

⁶ Шиткина И. «Снятие корпоративной вуали» в российском праве: правовое регулирование и практика применения // *Хозяйство и право*. 2013. № 2. С. 3-25.

⁷ Ломакин Д. В. Концепция снятия корпоративного покровов: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2012. № 9. С. 6-33.

Таким образом, мы наблюдаем серьёзный конфликт между основополагающим принципом корпоративного права – принципом автономии юридического лица – и имущественными интересами кредиторов юридического лица, действия контролирующих лиц которого привели к такому ущемлению их интересов. Закон как бы пренебрегает в этом случае оболочкой юридического лица, призванной не допустить кредиторов к имуществу его участников и иных лиц.

Так или иначе, данное явление воспринимается исследователями в целом позитивно. И. Шиткина называет это попыткой исправить установленную законом «презумпцию безответственности»⁸. Т.А. Спирина использует похожие формулировки: «указанный правовой институт должен применяться не для разрушения ограниченной ответственности, а для недопустимости безграничной безответственности»⁹.

Российский законодатель пошёл по пути поиска того самого баланса между интересами лиц, контролирующих юридическое лицо, и его кредиторами. В этих целях в Законе о банкротстве в главе III.2 надёжно закрепился механизм «снятия корпоративной вуали» в виде привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. В результате последовательных реформ банкротного законодательства, в 2017-м году Федеральным законом N 266-ФЗ¹⁰ в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» была введена новая глава III.2, посвящённая институту ответственности руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве.

Определение понятия контролирующего должника лица установлено в ст. 61.10 Закона о банкротстве¹¹. Из этого определения сразу можно выделить две категории лиц:

- лица, которые имеют право давать обязательные для исполнения должником указания (то есть контролирующие должника лица

на основании опровержимой презумпции, установленной в п. 4 ст. 61.10);

- лица, которые имели возможность иным образом определять действия должника (то есть контролирующие должника лица на основании обстоятельств, установленных п. 2 ст. 61.10).

При этом, независимо от категории, суд в каждом случае должен устанавливать степень вовлечённости лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности, в процесс управления должником, проверяя, насколько значительным было его влияние на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника¹².

Рассмотрим каждую группу отдельно.

1. Лица, которые имеют право давать обязательные для исполнения должником указания.

Эта категория лиц входит в список, установленный в п. 4 ст. 61.10. Данное положение устанавливает опровержимую презумпцию о том, что оно является контролирующим должника в силу определенных обстоятельств, перечисленных в статье.

При этом пленум ВС дополнительно разъясняет, что за исключением перечисленных в п. 4 ст. 61.10 должностей само по себе участие в органах должника не свидетельствует о наличии статуса контролирующего его лица¹³. Это справедливо, так как не каждый участник юридического лица имеет реальную возможность влиять на его судьбу. При этом также и не каждое лицо, присутствующее в списке [руководитель, управляющая организация (а также её руководитель, который отвечает с УК солидарно¹⁴), член исполнительного органа, ликвидатор, член ликвидационной комиссии] обладает такой возможностью. По этой причине закон устанавливает именно опровержимую презумпцию того, что лицо является контролирующим, то есть, как указано в самом начале п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве, «пока не доказано иное...».

⁸ Шиткина И. «Снятие корпоративной вуали» в российском праве: правовое регулирование и практика применения // Хозяйство и право. 2013. № 2. С. 3–25.

⁹ Спирина Т. А. «Снятие корпоративной вуали» через механизм привлечения к субсидиарной ответственности в рамках дела о банкротстве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1 (23). С. 211–217.

¹⁰ Федеральный закон от 29.07.2017 N 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «Консультант плюс».

¹¹ Ст. 61.10 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 02.01.2021) // СПС «Консультант плюс».

¹² Абз. 2 п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».

¹³ Абз. 1 п.5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».

¹⁴ Абз. 2 п.5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».

**МЫ НАБЛЮДАЕМ СЕРЬЁЗНЫЙ
КОНФЛИКТ МЕЖДУ
ОСНОВОПОЛАГАЮЩИМ
ПРИНЦИПОМ КОРПОРАТИВНОГО
ПРАВА – ПРИНЦИПОМ
АВТОНОМИИ ЮРИДИЧЕСКОГО
ЛИЦА – И ИМУЩЕСТВЕННЫМИ
ИНТЕРЕСАМИ КРЕДИТОРОВ
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА, ДЕЙСТВИЯ
КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ
КОТОРОГО ПРИВЕЛИ К ТАКОМУ
УЩЕМЛЕНИЮ ИХ ИНТЕРЕСОВ**

Из этого можно было бы сделать вывод о том, что, к примеру, формальный руководитель, не осуществлявший фактического контроля над должником, не должен нести ответственность, если докажет свою «номинальность». Однако здесь Верховный Суд утверждает ровно обратное. В п. 6 Постановления Пленума указано, что Руководитель, формально входящий в состав органов юридического лица, но не осуществлявший фактическое управление (номинальный руководитель), например, полностью передоверивший управление другому лицу на основании доверенности либо принимавший ключевые решения по указанию или при наличии явно выраженного согласия третьего лица, не имевшего соответствующих формальных полномочий (фактического руководителя), не утрачивает статус контролирующего лица, поскольку подобное поведение не означает потерю возможности оказания влияния на должника и не освобождает номинального руководителя от осуществления обязанностей по выбору представителя и контролю за его действиями (бездействием), а также по обеспечению надлежащей работы системы управления юридическим лицом (пункт 3 статьи 53 ГК РФ)¹⁵. В таком случае номинальный и фактический руководитель несут ответственность солидарно.

К другим указанным в п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве также относится установленное в абз. 7 п. 6 указанного Постановления Пленума ВС правило о том, что таким же образом должны решаться вопросы, связанные с наличием статуса контролирующего лица у номинальных и фактических членов органов должника (в том числе участников корпораций, учредителей унитарных организаций), ликвидаторов и членов ликвидационных комиссий. Из этого можно сделать вывод, что по аналогии с абз. 1 п. 6 Постановления ликвидатор юридического лица, который не осуществлял своих фактических полномочий, также должен быть привлечён к субсидиарной ответственности.

В таком случае каким образом должна опровергаться установленная законом презумпция?

На этот вопрос отвечает п. 9 ст. 61.11 Закона о банкротстве. В этой норме говорится об освобождении от ответственности или её уменьшении для

привлекаемого лица. Для этого должны быть выполнены два условия:

1) Привлекаемое к ответственности лицо докажет, что оно при исполнении функций органов управления или учредителя (участника) юридического лица фактически не оказывало определяющего влияния на деятельность юридического лица.

Именно так и должна опровергаться установленная законом презумпция контроля. При этом очевидно, что бремя доказывания указанных обстоятельств лежит на самом привлекаемом к ответственности лице.

Однако, как указал нам Пленум ВС в п.6 Постановления, для освобождения от ответственности одного только опровержения недостаточно. Номинальные директора, хотя и не участвовали в фактическом руководстве юридическим лицом, должны были добросовестно исполнять свои обязанности и не доверять управление недобросовестному фактическому руководителю. В силу этого в законе установлено второе условие освобождения от ответственности, которое должно быть выполнено одновременно с первым (в норме используется союз «и»).

2) Благодаря предоставленным привлекаемым к ответственности лицом сведениям установлено фактически контролировавшее должника лицо, и (или) обнаружено скрывавшееся последним имущество должника и (или) контролирующего должника лица.

¹⁵ Там же.



На практике же примеры полного освобождения от ответственности номинального руководителя достаточно редки, но они есть. Например, АС Дальневосточного округа освободил от ответственности номинального руководителя должника, руководствуясь тем, что бывший руководитель не принимал ключевых решений в отношении должника, не имел доступа к его документам, не имел возможности обеспечить надлежащую работу системы управления и не имел отношения к руководству финансово-хозяйственной деятельностью¹⁶.

2. Лица, которые имели возможность иным образом определять действия должника.

С одной стороны, Закон о банкротстве в п. 2 ст. 61.10 представляет нам чёткий список того, посредством чего может достигаться возможность определения действий должника.

С другой стороны, проанализировав список возможных оснований признания лица контролирующим должника, можно сделать вывод о том, что таким лицом может быть практически кто угодно. Более того, суды и вовсе не ограничены представленным законом списком оснований, так как в п. 5 ст. 61.10 указано, что арбитражный суд может при-

знать лицо контролирующим должника лицом по иным основаниям.

В таком случае каким должен быть главный критерий при определении лица, подлежащего субсидиарной ответственности за юридическое лицо – должника в деле о банкротстве?

Как уже было указано ранее, в случае с первой группой лиц (лица, которые имеют право давать обязательные для исполнения должником указания) всё решает презумпция контроля, которую, хотя и сложно, но можно опровергнуть, доказав, что фактически лицо не влияло на деятельность компании. В отношении второй группы лиц (лица, которые имели возможность иным образом определять действия должника) определяющим должно быть именно наличие фактического контроля. Суд устанавливает степень вовлеченности лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности, в процесс управления должником, проверяя, насколько значительным было его влияние на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника¹⁷.

Кроме того, в абз 3 п. 3 Постановления Пленума Верховный суд особо указывает на то, что лицо не мо-

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.10.2019 N Ф03-3799/2019 по делу N А51-655/2015 // СПС «Консультант плюс».

¹⁷ Абз. 2 п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».

СУД ПОДТВЕРДИЛ ВЫВОДЫ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ ОБ ОТКАЗЕ В ПРИВЛЕЧЕНИИ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ БАНКА ДИРЕКТОРА ОДНОГО ИЗ ФИЛИАЛОВ БАНКА В СВЯЗИ ОТСУТСТВИЕМ У НЕГО ПРАВА ДАВАТЬ ОБЯЗАТЕЛЬНЫЕ ДЛЯ ИСПОЛНЕНИЯ БАНКОМ УКАЗАНИЯ И ВОЗМОЖНОСТИ ИНЫМ ОБРАЗОМ ОПРЕДЕЛЯТЬ ДЕЙСТВИЯ БАНКА

жет быть признано контролирующим должника только на том основании, что оно состояло в отношениях родства или свойства с членами органов должника, либо ему были переданы полномочия на совершение от имени должника отдельных ординарных сделок, в том числе в рамках обычной хозяйственной деятельности, либо оно замещало должности главного бухгалтера, финансового директора должника.

Какие же конкретно обстоятельства учитывают суды при определении наличия фактического контроля?

Например, суд кассационной инстанции отменил решения Арбитражного суда г. Москвы и Девятого арбитражного апелляционного суда, согласно которым главный бухгалтер должника Лебедева Е.В. привлекалась к субсидиарной ответственности. При пересмотре решений суд указал, что судами не были установлены обстоятельства извлечения выгоды из совершенных главным бухгалтером действий. «Не исследовались судами и обстоятельства, которые бы свидетельствовали о том, что Лебедева Е.В. имела более широкие полномочия, чем предполагают функции главного бухгалтера, а именно, имела возможность определять условия заключаемых сделок, давать указания об их заключении»¹⁸.

Арбитражным судом Московского округа было принято ещё одно решение, устанавливающее кри-

терии наличия фактического контроля¹⁹. Так, суд подтвердил выводы первой инстанции об отказе в привлечении к субсидиарной ответственности по обязательствам банка директора одного из филиалов банка в связи отсутствием у него права давать обязательные для исполнения банком указания и возможности иным образом определять действия банка. Суд также указал, что само по себе наличие выданной доверенности без анализа круга полномочий, степени вовлеченности лица в управление должником приводит к попыткам заявителя привлекать к субсидиарной ответственности любых лиц, имеющих доверенность на совершение тех или иных действий, без обязанности обосновать наличие у них фактических полномочий контролирующего лица.

Таким образом, Верховный Суд установил достаточно высокий стандарт доказывания для рассматриваемой категории лиц, то есть для их привлечения к субсидиарной ответственности заявителю необходимо будет доказать наличие фактического контроля над должником. В частности, суды выделяют в качестве критериев наличия фактического контроля возможность давать обязательные для исполнения указания, определять условия заключаемых сделок.

Несмотря на это судебная практика не всегда идёт единым путём. В частности, в последние годы прослеживается также тенденция расширения судами круга лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности.

Следует отметить также, что список лиц, отнесенный ко второй группе (лица, которые имели возможность иным образом определять действия должника) был расширен в том числе Федеральной налоговой службой РФ. Так, в письме ФНС России от 16.08.2017 указано, что суд может признать лицо контролирующим должника по любым иным доказанным основаниям, которые прямо в законе не указаны. Этими основаниями могут служить, например, любые неформальные личные отношения, в том числе установленные оперативно-розыскными мероприятиями, например, совместное проживание (в том числе состояние в т.н. гражданском браке), длительная совместная служебная деятельность (в том числе военная служба, гражданская

¹⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.03.2021 N Ф05-17184/2018 по делу N А40-109231/2017 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.01.2021 N Ф05-14560/2017 по делу N А40-242071/2015 // СПС «Консультант Плюс».

служба), совместное обучение (одноклассники, однокурсники) и т.п.²⁰.

С таким подходом, конечно, не согласились многие исследователи, назвав это несправедливым. «По нашему мнению, позиция Верховного суда является более взвешенной (по сравнению с позицией ФНС РФ), поскольку она исключает применение судами формального подхода, то есть когда лица будут признаваться контролирующими по признакам участия в органах юридического лица или состояния в отношениях родства (свойства) с контролирующим должника лицом»²¹.

Однако именно такой формальный критерий и применяют на практике суды, например, привлекая к субсидиарной ответственности детей, супруга, иных родственников контролирующего лица или его наследников. Часто в целях сокрытия незаконно выведенного из активов юридического лица имущества директора или иные контролирующие лица передают это имущество своим родственникам. В таком случае даже при обращении взыскания к самому контролирующему лицу кредиторы не могут полностью удовлетворить свои требования.

Показательным в этом вопросе является Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019²². Судебная коллегия сочла, что члены семьи директора могут быть привлечены к субсидиарной ответственности в банкротстве как сопричинители вреда. Как признал суд первой инстанции, директор общества «Альянс» и его супруга (бухгалтер) довели юридическое лицо до банкротства. В отношении жены, которая содействовала выводу активов, у судов не возникло споров, её привлекли к субсидиарной ответственности наравне с мужем. Однако после возбуждения процедуры банкротства супруги подарили своим детям (20 и 15 лет) дорогостоящее имущество. Кредитор потребовал привлечения к субсидиарной ответственности как директора с супругой, так и их детей.

В упомянутом решении Коллегия Верховного Суда выявила целых два основания для привлечения детей контролирующего лица к ответствен-

ности. Согласно первому, предлагалось признать договор дарения имущества детям мнимым. В таком случае юридически собственность остается за родителями, к которым можно обратиться взыскание. Согласно второму варианту, детей предлагается считать причинителями вреда наравне с родителями. «Суды не учли, что вред кредиторам может быть причинен не только доведением должника до банкротства, но и умышленными действиями, направленными на создание невозможности получения кредиторами полного исполнения за счет имущества контролирующих лиц, виновных в банкротстве должника, в том числе путем приобретения их имущества родственниками по действительным безвозмездным сделкам, не являющимся мнимыми, о вредоносной цели которых не мог не знать приобретатель»²³.

Однако есть и обнадеживающие выводы. Во-первых, как следует из решения Коллегии, ответственность детей все-таки ограничена стоимостью подарков, полученных ими от родителей. Это значит, что обращение взыскания на сумму, превышающую стоимость подаренного имущества, невозможно. Во-вторых, для привлечения их к ответственности необходимо доказать наличие умысла на вывод имущества, то есть «...преследовали ли они, получая имущество в дар, наряду с приобретением права собственности другую цель – освободить данное имущество от обращения взыскания со стороны кредиторов их родителей по деликтным обязательствам...»²⁴. Для выяснения данного факта Коллегия направила дело на новое рассмотрение в первую инстанцию.

В целом можно отметить, что при соблюдении двух указанных правил конструкция взыскания подаренного детям имущества выглядит справедливой. На практике же она должна применяться только в исключительных случаях в силу объективных особенностей отношений несовершеннолетних детей и их родителей, которым обычно присущи, с одной стороны, стремление родителей оградить детей от негативной информации, с другой стороны, повышенный уровень доверия детей к своим

²⁰ П. 2.2. Письма ФНС России от 16.08.2017 N СА-4-18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ» // СПС «Консультант плюс».

²¹ Михневич А. В., Оселедко А. Н. Понятие контролирующего должника лиц в процедуре банкротства // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. №. 10-2. С. 182-189.

²² Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019 N 305-ЭС19-13326 по делу N А40-131425/2016 // СПС «Консультант плюс».

²³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019 N 305-ЭС19-13326 по делу N А40-131425/2016 // СПС «Консультант плюс».

²⁴ Там же.

**В БОЛЬШИНСТВЕ СЛУЧАЕВ
РОДИТЕЛИ НЕ ГОВОРЯТ ДЕТЯМ,
А ТЕ НЕ ВЫЯСНЯЮТ, ОТКУДА
И КАКИМ СПОСОБОМ ИМИ БЫЛО
ПОЛУЧЕНО ПЕРЕДАВАЕМОЕ
В ДАР ИМУЩЕСТВО. ИСХОДЯ ИЗ
РАЗЪЯСНЕНИЙ КОЛЛЕГИИ ВС,
ЭТО ДОЛЖНО «СПАСАТЬ»
ДЕТЕЙ КОНТРОЛИРУЮЩЕГО
ЛИЦА ОТ СУБСИДИАРНОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

родителям. Другими словами, в большинстве случаев родители не говорят детям, а те не выясняют, откуда и каким способом ими было получено передаваемое в дар имущество. Исходя из разъяснений Коллегии ВС, это должно «спасать» детей контролирующего лица от субсидиарной ответственности. С другой стороны, распространение подобной практики неизбежно приведет к злоупотреблениям, когда открытие процедуры банкротства будет означать «автоматическое» привлечение к ответственности как руководителя должника, так и всей его семьи, которая так или иначе приобретала выгоду от неправомерных действий.

Ю.В. Тай и С.Л. Будылин в своей статье отмечают, что, по сути, силою мысли судей появился новый правовой субъект банкротства – семья: «Она, по-видимому, мыслится как некое квазигиририческое лицо или совокупность имущества, которая отменяет раздельный способ существования физических лиц, наличие у них свободной отдельной от других воли, самостоятельности в реализации прав и обязанностей»²⁵.

Круг лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности по долгам должника-банкрота был расширен судами также и за счёт наследников контролирующего лица. Например, Верховный Суд в одном из своих определений указал²⁶, что долг умершего заместителя генерального директора

общества-банкрота должен входить в наследственную массу, а значит, неполученное кредиторами имущество можно взыскать с его наследников.

При этом Коллегия ВС отклонила довод нижестоящих судов о том, что требования кредиторов неразрывно связаны с личностью умершего. «Субсидиарная ответственность по обязательствам должника (несостоятельного лица) является разновидностью гражданско-правовой ответственности и наступает в связи с причинением вреда имущественным правам кредиторов подконтрольного лица... Из этого следует, что долг, возникший из субсидиарной ответственности, должен быть подчинен тому же правовому режиму, что и иные долги, связанные с возмещением вреда имуществу участников оборота (статья 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации)»²⁷.

На мой взгляд, Верховный Суд в последние годы чрезмерно защищает кредиторов должника, пренебрегая принципом имущественной обособленности. Такое размывание, расширение круга лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности, может привести к неконтролируемому произволу, когда отвечать по долгам юридического лица будут все, кто так или иначе к нему близок. Не стоит забывать про основную цель создания юридических лиц – ограничение ответственности только тем имуществом, которое принадлежит юридическому лицу. Остается только удивляться, как быстро от этой цели мы пришли к тому, что дети и наследники директоров отвечают по долгам организации.

По крайней мере, следует выработать и на законодательном уровне закрепить точные основания, условия и порядок привлечения таких лиц к субсидиарной ответственности. Например, норму о том, что родственники контролирующего лица, к которым перешло имущество банкрота, могут отвечать только в пределах стоимости такого имущества, а не всем принадлежащим им имуществом. Пока что такие критерии приходится собирать из судебной практики и решений Верховного Суда.

По крайней мере, заявителю необходимо в каждом случае доказывать наличие фактического контроля привлекаемого лица над должником. В частности, суды выделяют в качестве критериев на-

²⁵ Тай Ю. В., Будылин С. Л. *Сын за отца отвечает. Субсидиарная ответственность членов семьи директора в банкротстве компании* // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 6. С. 4-22.

²⁶ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.12.2019 N 303-ЭС19-15056 по делу N A04-7886/2016 // СПС «Консультант плюс».

²⁷ Там же.

личия фактического контроля возможность давать обязательные для исполнения указания, определять условия заключаемых сделок.

В заключение хотелось бы отметить также некорректность самого названия нововведенной главы III.2 Закона о банкротстве, а именно «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве». Возникает вопрос, почему законодатель назвал данную главу именно так, а не «Ответственность контролирующих должника лиц в деле о банкротстве». Наверное, потому что приведенный в пример руководитель должника является его контролирующим лицом в силу презумпции, хотя и опровержимой. Как раз в силу опровержимости данной презумпции на прак-

тике не редки случаи, когда руководитель должника является лишь его формальной главой и на деле не участвует в принятии решений. В связи с этим предложенное мной название выглядит более корректным, так как оно бы подчеркнуло важность наличия именно фактического влияния на деятельность должника.

В любом случае при решении исследуемой мной проблемы должен быть соблюден определенный баланс интересов. Взыскание по долгам юридического лица, обращенное к детям или наследникам контролирующего лица, явно нарушает тот самый баланс. Не следует забывать, что субсидиарная ответственность – это лишь исключительная мера защиты от неправомерных действий.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Шиткина И. «Снятие корпоративной вуали» в российском праве: правовое регулирование и практика применения // Хозяйство и право. – 2013. – № 2. – С. 3–25.
2. Федчук В. Д. De facto зависимость de jure независимых юридических лиц: проникновение за корпоративный занавес в праве ведущих зарубежных стран. // Wolters Kluwer Russia, 2010. 367 С.
3. Ломакин Д. В. Концепция снятия корпоративного покров: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. № 9. С. 6–33.
4. Спирина Т. А. «Снятие корпоративной вуали» через механизм привлечения к субсидиарной ответственности в рамках дела о банкротстве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1 (23). С. 211–217.
5. Михневич А. В., Оселедко А. Н. Понятие контролирующих должника лиц в процедуре банкротства // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2018. № 10–2. С. 182–189.
6. Тай Ю. В., Будылин С. Л. Сын за отца отвечает. Субсидиарная ответственность членов семьи директора в банкротстве компании // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 6. С. 4–22.

Нормативно-правовые акты:

7. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 08.12.2020) // СПС «Консультант плюс».
8. Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ (ред. от 30.12.2020) «О несостоятельности (банкрот-

стве)» (с изм. и доп., вступ. в силу с 02.01.2021) // СПС «Консультант плюс».

9. Федеральный закон от 29.07.2017 N 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «Консультант плюс».
10. Письмо ФНС России от 16.08.2017 N СА-4-18/16148@ «О применении налоговыми органами положений главы III.2 Федерального закона от 26.10.2002 N 127-ФЗ» // СПС «Консультант плюс».

Судебная практика:

11. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // СПС «Консультант плюс».
12. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.10.2019 N Ф03-3799/2019 по делу N А51-655/2015 // СПС «Консультант плюс».
13. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 23.12.2019 N 305-ЭС19-13326 по делу N А40-131425/2016 // СПС «Консультант плюс».
14. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 16.12.2019 N 303-ЭС19-15056 по делу N А04-7886/2016 // СПС «Консультант плюс».
15. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 10.03.2021 N Ф05-17184/2018 по делу N А40-109231/2017 // СПС «Консультант Плюс».
16. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.01.2021 N Ф05-14560/2017 по делу N А40-242071/2015 // СПС «Консультант плюс».



УДК 347.78



Басаркина Юлия Витальевна
(basarckina@yandex.ru)

студентка 3 курса бакалавриата
Юридического факультета
Казанского (Приволжского)
федерального университета
Yulia Basarkina
3rd-year student of bachelor program
Faculty of Law Kazan (Volga Region)
Federal University

Научный руководитель:

Курносова Валерия Витальевна

доцент, к.ю.н., К(П) ФУ

Academic supervisor:

Valeria Kurnosova

Associate professor, Ph.D in Law,
Kazan (Volga Region) Federal
University

ПРОИЗВЕДЕНИЯ ФАНАТОВ КАК ЯВЛЕНИЕ ПРАВОВОГО ПРОСТРАНСТВА

FAN WORKS AS A PHENOMEN IN THE LEGAL SPACE

АННОТАЦИЯ: Все большая популяризация в Интернете фан-артов, фанфиков, додзинси, фан-видео вполне закономерно ставит вопросы о правовой сути данного феномена, возможных способах его регулирования как в целом, так и отдельных элементов с использованием судебной практики. В статье рассматривается осуществляемая некоммерческими организациями деятельность, которая может стать прецедентом для дальнейшего нормативного регулирования. Кроме этого, было выяснено соотношение между обычным автором и автором-фанатом, их правами, а также был изучен дисклеймер.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *фандом, переработка, творчество, оригинал, персонаж, сюжет, фанат.*

ANNOTATION: The increasing popularization of the Internet fan art, fanfiction, doujinshi, fan video quite naturally raises questions about the legal essence of this phenomenon, possible ways of regulating it in general, as well as its individual elements, using judicial practice. The article examines the activities of non-profit organizations, which may become a precedent for further regulation. In addition, the author clarified the relationship between the regular author and the fan author, their rights, and studied the disclaimer.

KEYWORDS: *fandom, processing, creation process, original, character, plot, fan.*

Искусство всегда имело почитателей, стремившихся найти себе подобных. С появлением Интернета фанатское сообщество добилось небывалых величин: размер их группы, а также уровень коммуникации внутри нее возросли. При этом новое интернет-искусство не оставляет людей безучастными, а пробуждает новых творцов. Их созидательный процесс имеет связь с основным произведением. Исходя из этого, будет ошибочно говорить об их самостоятельном характере. Как правило, они, используя в качестве основы произведение-оригинал, добавляют туда новые элементы: своих героев, именуемых ОЖП/ОМП в зависимости от пола; возможно даже свой сюжет, что особенно характерно для додзинси; или если мы говорим про фан-арты, то это собственный стиль рисования. Фанатская работа, по общему правилу, характеризуется тем, что она создана поклонником конкретного объекта авторского права для таких же почитателей, как и он сам, и основана на нем. Также И.Ю. Мирских предлагает в качестве критерия выделить любительский характер¹. Фан-работа, на наш взгляд, должна сохранять атмосферу оригинала, но при этом качественно отличаться от него. На просторах интернета мы встретили эффектное сравнение ее с домом, фасад и стены которого – это оригинальное произведение с его сюжетом и героями, а мебель и интерьер – это собственная задумка автора. Однако мы не придерживаемся позиции некоторых исследователей, приравнивающих фанатские про-

¹ Мирских И.Ю. Правовое регулирование фанатского творчества / Под ред. О.А. Кузнецовой, В.Г. Голубцова, Г.Я. Борисевич, Л.В. Боровых, Ю.В. Васильевой, С.Г. Михайлова, С.Б. Полякова, А.С. Телегина, Т.В. Шершень // Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал. 2018. № 1. С.254.

изведения к плагиату. Скорее всего, такие работы и стали предпосылкой к восприятию фанатского творчества как «браконьерства». Однако мы считаем, что к таким работам необходимо относиться снисходительнее, учитывая цели фанатов. В то же время высококачественные произведения в будущем могут перестать быть лишь приложением к оригиналу и стать вполне самостоятельными². И такие прецеденты были, например, в литературе: Э. Л. Джеймс «Пятьдесят оттенков серого», Элиезер Юдковский «Гарри Поттер и методы рационального мышления» и т.д.

В науке существует несколько позиций по поводу правовой природы фанатского творчества. Одна из самых интересных позиций, на наш взгляд, это уподобление данного творчества народной культуре, а именно фольклору³, который, согласно п. 6 ст. 1259 ГК РФ, не является объектом авторских прав. Фольклор тоже формируется посредством заимствования сюжета. Один из признаков народного творчества – анонимность, так как предполагается совместный труд при их формировании: передача из поколения в поколение с модификацией. В то же время для фанатов их работы – это возможность для самореализации, и они не собираются оставаться анонимными. Параллельно здесь присутствует и признак коллективности: сюжет или образ придумывает один, а реализует его другой; или же автор изменяет свою работу в соответствии с поступающими от читателей предложениями. При этом данные явления не противоречат, а дополняют друг друга, по мнению Т. В. Зуевой, так как совместная работа позволяет проявить себя каждому, а не только первоначальному автору⁴. Также возможна ситуа-

ция, когда фанатское сообщество кооперируется для создания крупного проекта. В частности, популярный в фанатской среде мира Гарри Поттера готовящийся приквел «Дом Мраксов». Фанаты из Франции сами собрали средства для снятия фильма, наняли режиссера и разработали сценарий, подобрав актерский состав. Таким образом, по мнению М. А. Коробко, придается устойчивый оптимальный для всех заинтересованных фанатов образ⁵, что представляет большую важность для фандома.

Позиции, относящие фанатское творчество к плагиату⁶ и пародии, представляются нам сом-

нительными. На наш взгляд, безосновательность идеи осмысления анализируемого объекта как пародии очевидна. Это разные по своей сути произведения: пародия преследует цель произвести комический эффект, фанатское творчество – популяризовать оригинал. Хотя возможности, предоставляемые подобным законодательным статусом в п.4 ст. 1274 ГК РФ, кажутся наиболее привлекательными: свободное использование без согласия автора или иного обладателя исключи-

**ФАНАТСКАЯ РАБОТА,
ПО ОБЩЕМУ ПРАВИЛУ,
ХАРАКТЕРИЗУЕТСЯ
ТЕМ, ЧТО ОНА СОЗДАНА
ПОКЛОННИКОМ
КОНКРЕТНОГО ОБЪЕКТА
АВТОРСКОГО ПРАВА
ДЛЯ ТАКИХ ЖЕ
ПОЧИТАТЕЛЕЙ, КАК И ОН
САМ, И ОСНОВАНА НА НЕМ**

тельного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения. Для развития фанатского сообщества распространение таких прерогатив было бы неоценимой поддержкой и отражала бы существующую реальность. Однако не все авторы оригиналов поддержат подобный акт. Дж. Мартин выступает явно против фанатского творчества по мотивам своих трудов⁷.

Концепция признания за фанатским творчеством полной самостоятельности аналогично не может быть признана в правовом пространстве. Читателю, чтобы понять задумку автора-любителя,

² Берт С. Перспективы и потенциал фанфикшн // livelib.ru URL: <https://bit.ly/2UqAPLcfanfikshn> (дата обращения: 14.09.2021).

³ Васильева Н.И. Фольклорные архетипы в современной английской литературе и нарративе «фанфикшн» (на материале произведений Дж.К.Роулинг и творчества поклонников ГП) URL: https://ruthenia.ru/folklore/Is04_vasileva1.htm (дата обращения: 28.07.2021).

⁴ Зуева Т.В. Русский фольклор: Словарь-справочник — М.: Просвещение, 2002. С. 80.

⁵ Коробко М.А. Признак коллективности в фанфикшн и письменных формах современного фольклора // Вестник Брянского государственного университета. 2015. №1. С. 220.

⁶ Братусь, Д.В. Идеи в сфере исключительного права: от понятия к оборотоспособности и правовой охране // 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 Мартин рассуждает о фанфикшене // 7 Королевств URL: <https://bit.ly/3fcvYES> (дата обращения: 14.09.2021).

придется в любом случае обратиться к основному произведению, что демонстрирует зависимость.

Из предложенных вариантов распространение правового статуса пародии на рассматриваемые объект представляется нам лучшим вариантом. Впрочем, в российском праве есть институт «производного произведения». Согласно статье 1259 ГК РФ объект авторских прав представляет собой не что иное, как произведение искусства, науки, литературы, невзирая на его назначение, способ выражения, а также достоинство. В этой же статье дается определение производного произведения как переработки оригинала. В статье 1270 ГК РФ указывается, что переработка произведения является одним из способов его использования. Исключительным правом на использование произведения обладает его автор или иной правообладатель. Также в этой статье предпринимается еще одна попытка более детально раскрыть понятие производного произведения в виде открытого перечня методов: обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка и тому подобное. В.Я. Ионас дает следующую трактовку: переработка — заимствование существенных элементов из чужого произведения⁸. Представленное нам определение имеет схожие черты с характеристикой творчества фанатов. Но у этого института есть и ограничение. Как на одно из правомочий в рамках исключительных прав на произведение, согласно статье 1270 ГК, правом на обработку обладают автор и иной правообладатель. Сложность составляет определение субъекта, а именно «иногo правообладателя». Право на переработку может быть передано в числе иных правомочий по договору об отчуждении исключительного права в полном объеме (статья 1234 ГК РФ) либо предоставлено по лицензионному договору (статья 1235 ГК РФ), а также может перейти по установленным в законе основаниям без заключения договора с правообладателем (статья 1241 ГК РФ). В развитии фанатского творчества наиболее привлекательным является договор лицензии, конструкция которого позволяет лицензиату-переработчику предоставлять третьим лицам право

на использование оригинала в переработанном виде, то есть выдавать сублицензии. Это объясняет популярность концепции принудительного лицензирования среди исследователей, беспокоенных данной проблематикой. Авторы будут обязаны давать свое согласие на некоммерческую переработку своих произведений специальным платформам в сети, которые в свою очередь после тщательной проверки будут предоставлять сублицензии. В организации подобной системы есть ряд сложностей, важнейшими из которых являются экономические. Будут ли авторы оригиналов предоставлять свои правомочия безвозмездно или возмездно? Открытая лицензии (ст. 1286.1 ГК РФ) в данном случае позволит сэкономить много времени за счёт упрощенного порядка договора присоединения, который является, по общему правилу, безвозмездным. Однако принуждение заключить для автора оригинала такой договор, по-нашему мнению, нарушит принцип «свободы договоров». Конечно, можно его причислить к очередному исключению из правил. Однако есть вероятность признания их в дальнейшем сделками с порочной волей⁹.

В дополнение концепции переработки А.Р. Ермакова и А.Е. Сухарева используют комплексный подход: обозначают фанатское творчество разновидностью пользовательского контента, называя его производным. Они делают ссылку на понятие «пользовательского контента», выработанного Европейской комиссией как иного способа использования уже существующего охраняемого произведения в ходе преобразования и его выведения в Интернет¹⁰.

В США в противовес существует доктрина «добросовестного использования», позволяющая оперировать произведением без согласия автора. Закреплена она в законе «Об авторском праве» 1976 г. В параграфе 107 этого акта указываются необходимые условия для того, чтобы использование было признано добросовестным, а также приведены примеры¹¹. Но даже так не всегда удается определить, что подходит под fair use. Кроме этого, американские юристы на основе данной

⁸ Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972. С. 56.

⁹ Klinger v. CDE (Conan Doyle Estate, Ltd) URL: <https://archive.org/details/604202-klinger-v-conan-doyle-estate> (дата обращения: 12.10.21).

¹⁰ Ермакова А.Р. Сухарева А.Е. Возможные подходы к определению правового режима пользовательского контента // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 2. С. 46.

¹¹ Copyright Act of 1976. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf> (дата обращения: 29.08.21).

концепции выделяют в теории две модели преобразования: использование объекта в иной форме или с иной целью. Изменение формы они подводят под производное произведение, а изменение цели – под преобразующее¹². В данном аспекте именно преобразующее произведение представляет для нас интерес, так как позволяет придать самостоятельное значение работам поклонников¹³. И именно такое условие, как некоммерческий характер произведений, можно считать главной причиной перспективности такого подхода. Основанием для этой гипотезы является фактор влияния использования на потенциальный рынок или стоимость работы, защищенной авторским правом. Неоспоримым достоинством этой доктрины является ее гибкость, при этом ее использование осложнено субъективно-оценочными факторами. Более того, в цифровую эпоху количество способов и масштабы использования произведений растут, а затрата времени и средств на это сокращается. Исходя из данных положений, мы должны признать, что даже включение подобной доктрины в нашу систему права не решит все имеющиеся проблемы, а, скорее всего, создаст новые.

В то же время в российском праве есть некий аналог американской системы «добросовестного использования». Он носит более ограниченный характер. Российский законодатель одновременно сужает масштабы его использования и придает конкретность. Данная конструкция носит название «свободное использование». Именно на ней строится свободное создание и использование

пародий, которые приводились ранее. Более близка по смыслу статья 1274 ГК РФ. Она ограничивает использование целями: информационной, научной, культурной, учебной. Если согласиться с мыслью, что «фанатское творчество – важный способ обучения»¹⁴, то даже при обращении к этой статье, мы придем к выводу, что ни один из упомянутых способов не подходит под этот случай. Представив введение результатов фанатского

творчества в эту систему, мы бы соотнесли его с культурной целью. Подобная норма, на наш взгляд, была бы вполне актуальна. Однако простое введение новой нормы не позволяет понять правовую суть процесса создания фанатского творчества. Это лишь суррогат. Подобный вариант позволяет регулировать институты пародий и карикатур. Так почему же не получится с фанатским творчеством? Мы думаем, все заключается в цели их создания. Пародии и карикатуры создаются в первую очередь с намерением рассмешить людей и уже только во вторую очередь сделать схожими с подлинником. В это же время

фанатское творчество ставит превыше всего достижение полного соответствия. Его замысел состоит в том, чтобы передать атмосферу и дух произведения, а не высмеять посредством оболочки. Исходя из этого, мы отвергаем эту конструкцию.

Ввиду этого считаем необходимым остановиться на уже закреплённом в российском праве институте «производного произведения». Установив правовую природу фанатского творчества, перейдем к следующему этапу – к изучению соотношения прав между автором оригинала и ав-

**КОНЦЕПЦИЯ ПРИЗНАНИЯ
ЗА ФАНАТСКИМ
ТВОРЧЕСТВОМ ПОЛНОЙ
САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ
АНАЛОГИЧНО НЕ МОЖЕТ
БЫТЬ ПРИЗНАНА
В ПРАВОВОМ
ПРОСТРАНСТВЕ. ЧИТАТЕЛЮ,
ЧТОБЫ ПОНЯТЬ ЗАДУМКУ
АВТОРА-ЛЮБИТЕЛЯ,
ПРИДЕТСЯ В ЛЮБОМ
СЛУЧАЕ ОБРАТИТЬСЯ
К ОСНОВНОМУ
ПРОИЗВЕДЕНИЮ, ЧТО
ДЕМОНСТРИРУЕТ
ЗАВИСИМОСТЬ**

¹² Johnson B. Note: Live Long and Prosper: How the Persistent and Increasing Popularity of Fan Fiction Requires a New Solution in Copyright Law. URL: https://www.minnesotalawreview.org/wpcontent/uploads/2016/04/Johnson_ONLINEPDF.pdf. (дата обращения 01.08.21).

¹³ Estes S. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? URL: <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper....> (дата обращения 01.08.21).

¹⁴ Смирнова, Т. С. Произведения фанатского творчества как объекты авторского права // Юридические науки: проблемы и перспективы : материалы VII Междунар. науч. конф. Казань : Молодой ученый. 2018. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/298/14204/> (дата обращения: 26.07.2021).



тором-фанатом. Признавая фанатское творчество производным произведением, мы соответственно руководствуемся ст. 1260 ГК РФ, где в п. 1 указывается принадлежность авторских прав на результат переработки тому, кто ее осуществил. Однако все еще остается вопрос: есть ли у автора оригинала какие-то права на творчество поклонников? В статье В.И. Елисеева встречается право на совместный с автором-фанатом контроль за тем, как применяется третьими лицами производное произведение¹⁵. Мы не можем с этим согласиться, так как производное произведение – результат творческой деятельности фаната, а значит, только он может осуществлять контроль над работой. Однако нельзя упускать заинтересованность автора оригинала при коммерческом использовании третьими лицами такой работы. Используя доктрину fair use, мы бы определенно зашли в тупик. Конечно, и в отношении переработки есть противоречивые мнения. Так, В. И. Елисеев в своей работе упоминает точку зрения, согласно которой переработка произведения – форма оригинала.

Это значит, что правообладатель оригинала является одновременно правообладателем переработки¹⁶. Такой подход несет за собой ряд серьезных проблем. Как будут распределяться права на использование производного произведения? Будут ли они пользоваться ими совершенно независимо друг друга или будут необходимы разрешения? Такое мнение идет вразрез с судебной практикой. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 сентября 2014 г. по делу № А45-11444/2013 утверждает переработку в качестве самостоятельного способа использования произведения¹⁷. Также в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 указывается, что ст. 1266 ГК РФ о неприкосновенности произведения не распространяется на создание нового произведения на основе имеющегося¹⁸. П. 1 ст. 1266 фактически описывает контроль, о котором, скорее всего, упоминалось в статье В. И. Елисеева. Данная судебная практика, помимо поставленных вопросов, позволяет нам также узнать, что неприкос-

¹⁵ Елисеев В.И. Право на переработку произведения по российскому законодательству// Вестник Московского университета. Серия 11: Право, 2017. №1. С. 95.

¹⁶ Елисеев В.И. Право на переработку произведения по российскому законодательству// Вестник Московского университета. Серия 11: Право, 2017. №1. С. 96-97.

¹⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 сентября 2014 г. по делу № А45-11444/2013

¹⁸ Постановлению Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г № 5/29.

новенность как неотъемлемое свойство объекта авторского права абсолютно не противоречит переработке.

Не менее интересную мысль высказывает А.Ю. Чурилов, говоря о производности при трансформации видов искусства. Он считает, что у фанатских фильмов, созданных на основе книг, трудно оценивать уровень заимствования, поскольку они буквально не могут заимствовать текст книги как таковой, будучи аудиовизуальными объектами¹⁹.

В процессе создания результатов фанатского творчества переработке зачастую подвергается не все произведение, а его элементы в отдельности. По постановлению Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 5/29 от 26 марта 2009 г.: персонаж – часть произведения, являющаяся описанием или изображением действующего лица в форме, присущей произведению²⁰. Персонаж – охраноспособный элемент, то есть его использование в отдельности от произведения без согласия автора при обычной ситуации вполне может быть причиной судебного иска.

Япония же в этом пошла еще дальше и установила прецедент, по которому авторы основных произведений имеют право осуществлять контроль способа изображения персонажей²¹. Можно ли говорить о переработке персонажа в фанатском творчестве? Среди юристов бытует мнение, что происходит не что иное, как воспроизведение персонажа, то есть изготовление экземпляра. Воспроизведенным также считается и персонаж при частичной тождественности идентифицирующих черт или метаморфозе их второстепенных

деталей, но при сохранении его узнаваемости. А. И. Кораблин приводит в пример изменение элементов одежды, не влияющих на узнаваемость персонажа²². Мы же считаем, что происходит переработка. Автор-фанат раскрывает персонажа исходя из собственного представления. Он стремится не создать безликую копию, а выразить к нему свою любовь, передать тот образ, который видит. Это и является творческой составляющей работы.

Кроме того, дефиниция «персонажа» приводит нас к мнению, что не каждое лицо в произведе-

нии является персонажем. Л.А. Новоселова отмечает следующие обязательные признаки для признания действующего лица персонажем: оригинальность, а также те свойства, которые способствуют его идентификации: мимика, движение, речевые особенности, голос²³. Оригинальность предлагается понимать как наличие качественного отличия, позволяющего персонажу быть самостоятельным. Она презюмируется. Говоря об оригинальности, мы последовательно уста-

навливаем его узнаваемость²⁴. Одной из популярнейших тенденций в фанатских сообществах является обращение к второстепенным героям произведения. Мы предполагаем, что если фанат в своем произведении использует такое действующее лицо, то его определенно следует считать персонажем, так как он уже привлек внимание своими индивидуальными чертами. Поэтому можно считать наличие фанатских работ как своеобразный критерий определения персонажа из всех действующих лиц произведения.

**ОБРАЩАЯСЬ К ДАННОЙ ТЕМЕ,
НЕЛЬЗЯ НЕ ЗАТРОНУТЬ ОДИН
ИЗ САМЫХ ПРОТИВОРЕЧИВЫХ
ВОПРОСОВ, А ИМЕННО
ДИСКЛЕЙМЕР. ПОСРЕДСТВОМ
НЕГО ФАНАТ
ПРИ СОЗДАНИИ СВОЕЙ
РАБОТЫ ОТКАЗЫВАЕТСЯ
ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
В ОТНОШЕНИИ НАРУШЕНИЯ
АВТОРСКИХ ПРАВ**

¹⁹ Чурилов А.Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности и новых технологий: вызовы XXI века: монография. М: Юстицинформ. 2020. С.11.

²⁰ Постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29.

²¹ Mehra S. K. Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports? // Rutgers Law Review. 2002. Vol. 55. С.25.

²² Кораблин А.И. Фанарт не нарушает авторских прав? URL: https://yandex.ru/q/question/fanart_ne_narushaet_avtorskikh_prav_7274d967/?utm_source=yandex&utm_medium=wizard&answer_id=744bba6b-d9ee-4f27-af45-a30540d84f9b#744bba6b-d9ee-4f27-af45-a30540d84f9b (дата обращения: 20.08.21).

²³ Право интеллектуальной собственности. / Новоселова Л.А. М.: Статут. 2017 URL: https://be5.biz/pravo/i030/2_.html#5 (дата обращения: 20.08.21).

²⁴ Авторское право и бесправие в фан-творчестве URL: <https://ficbook.net/readfic/4165243> (20.09.21).

Дальнейшим по популярности из заимствований в фанатских работах идет сюжет. Он представляет собой не что иное, как идею²⁵. Согласно п. 5 ст. 1259 ГК РФ авторские права не распространяются на идеи. Д.Н. Ушаков в своем словаре формулирует понятие «сюжет» как общность действий, событий, в которых разворачивается содержание произведения²⁶. Из этого объяснения мы делаем вывод, что произведение – это воплощение сюжета. И если смотреть в таком ключе, то он охраняется авторским правом. Чтобы сюжет, воплощенный в произведении, охранялся, он должен обладать критериями оригинальности и узнаваемости. Представив ситуацию, в которой фанат перенимает лишь сюжет оригинального произведения без персонажей и других охраняемых его частей, мы задаемся вопросом, происходит ли переработка. Сомнения в этом вполне обоснованы, потому что следует признать ограниченность сюжетных линий. А.В. Лисаченко и А.Р. Маштакова уверяют, что существуют «базовые» сюжеты, которые повторяются от одного автора к другому: история любви детей из ненавистных друг другу семей, отмщение ошибочно наказанного, «из грязи в князи», комедия положений и т.д. По их мнению, сочетание подобных сюжетов позволяет создавать новые и вполне самостоятельные произведения²⁷. Вместе с этим нельзя не принимать во внимание, что есть вполне экстраординарные сюжеты с неожиданным развитием событий. И хотя сюжетам как таковым защиту не предоставляют, но в подобных случаях судебная практика в определенных моментах признает сюжет результатом интеллектуальной деятельности, обладающим защитой. Конкретным примером для этого послужит дело, связанное с нарушением авторских прав Дмитрием Емцом с серией книг «Таня Гроттер» Джоан Роулинг, создательницы «Гарри Поттера». И, как правило, фанатов привлекают именно такие сюжеты. Поэтому считаем, что возможность переработки сюжета, как и саму охраноспособность сюжета стоит признать хотя

бы на теоретическом уровне. Однако В.В. Гулина придерживается другой позиции: в случае внедрения новых персонажей в чужой сюжет результат фанатским творчеством не является. Она как раз обосновывает это отсутствием охраны идеи. И такую работу отказывается признавать фанатской, так как признает ее самостоятельной, не сопряженной со статусом фаната²⁸.

Отдельное внимание в нашем исследовании мы решили уделить фан-артам, так как они визуальны и статичны. Поэтому вложение в них какой-то дополнительной информации представляется сложным, что приводит к дилемме: отнесение работы к плагиату или, наоборот, признание его самостоятельным произведением. Необходимо учитывать, что само по себе сходство до степени смешения нельзя представлять в качестве абсолютного доказательства производного произведения. Набор цветов, элементов внешнего облика ограничен. Подобная парадигма не позволила бы говорить о сотворении новых и независимых произведений. В постановлении Суда по интеллектуальным правам от 1 апреля 2015 г. № C01-206/2015 по делу № A19-1320/2014 указывается, что подобный вариант развития событий означает переработку произведения или его части, а не его воспроизведение²⁹.

Обращаясь к данной теме, нельзя не затронуть один из самых противоречивых вопросов, а именно дисклеймер. Посредством него фанат при создании своей работы отказывается от ответственности в отношении нарушения авторских прав. В более узких кругах дисклеймер считается отречением от прав на персонажей, идеи, миров в силу того, что они используются повторно, а также от ответственности за их искажение. Возник он в англо-саксонской системе. Но страны романо-германской правовой семьи не признают за ним юридической силы, в частности статья 1064 ГК РФ. Вместе с этим дисклеймер служит важным социальным регулятором: предупреждает читателей о вторичности материала, что приветствуется боль-

²⁵ Семенюта Б.Е. Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. № 27. С. 118-127 URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/fan-fiction-and-cosplay-vs-original-copyright-holders>.

²⁶ Ушаков Д.Н. Толковый словарь URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/1049922>. (дата обращения: 22.08.21).

²⁷ Лисаченко А.В. Маштакова А.Р. Фанаты или пираты // Российский юридический журнал, 2016. №3 (108). С.155.

²⁸ Гулина В.В. К вопросу о правовой природе произведений фанатского творчества URL: <http://conf.omua.ru/content/k-voprosu-o-pravovoy-prirode-proizvedeniy-fanat-skogo-tvorchestva> (дата обращения 21.09.21).

²⁹ Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 1 апреля 2015 г. № C01-206/2015 по делу № A19-1320/2014.

шинством интернет-платформ. Именно в этом мы видим его суть и считаем подход, которого придерживается Сафьянников, некорректным: дисклеймер – средство самоидентификации участника фандома³⁰. На наш взгляд, создание фанатского творчества не сопряжено с отождествлением себя членом фанатского сообщества как одним из неотъемлемых признаков, а дисклеймер – это просто жест доброй воли, приветствуемый интернет-пользователями.

Как упоминалось ранее, фанатское творчество базируется на двух началах: является работой фаната и основывается на произведении-оригинале. Но среди жанров фанатских работ, особенно фанфиков, популярностью пользуется ориджинал – самостоятельные оригинальные произведения фанатов, созданные не по мотивам оригинального произведения и вне фандома³¹. Как утверждает Ребекка Тушнет, ориджиналам никогда не достичь той особой связи между автором и читателем, которая возможна лишь в рамках фанатского сообщества³². Большое внимание обязательному наличию фандома как важнейшего элемента любой фанатской работы в современных реалиях уделяет внимание Е.М. Четина в своей статье, объясняя его суть через объединение читателей, зрителей с главной активной формой деятельности, заключающейся в создании фан-арта в широком смысле³³. Мы не согласны с причислением Сафьянниковым ориджинала к фанатским работам, так как они не соответствуют всем необходимым критериям. Они ничем не отличаются как объекты ав-

торского права от произведений-оригиналов. Их ошибочное смешение связано с распространением на одних платформах.

Об активном развитии фанатского сообщества как важной составляющей фанатского общества свидетельствует большой рост соответствующих некоммерческих организаций, например, «Organization for Transformative Works» (OTW). Ее становление уже доказывает факт того, что фанатское сообщество из квази-группы становится вполне структурированной организацией и все

больше людей заинтересовано в развитии института фанатского творчества. Данный институт не замыкается лишь на восхищении талантами уже получивших известность писателей, режиссеров, художников, а также представляет собой площадку для появления новых талантов. Многие в будущем известные деятели культуры начинали с копирования, чтобы развить в себе творческое мышление и получить необходимые практические навыки. Помимо значения, которое несет OTW, она также выполняет ряд важных мис-

сий: сохранение фан-работ, открытие к ним всеобщего доступа и т.д. Большую роль также играет ее деятельность в правовой сфере: воспитание правовой культуры поклонников в сфере авторского права, защита оригинальных произведений и тех, что созданы на их основе, и регулирование конфликтов между авторами и фанатами³⁴. В связи с этим у нас есть предположение: именно их деятельность заложит основы юридической практики для законодательства в будущем.

**МЫ ДОЛЖНЫ ПРИЗНАТЬ
СУЩЕСТВОВАНИЕ
ФАНАТСКОЙ КУЛЬТУРЫ
С ПРИСУЩИМИ ЕЙ
ОСОБЕННОСТЯМИ, А ЗНАЧИТ,
И ВЫДЕЛИТЬ СТАТУС
ФАНАТА-АВТОРА ИЗ ОБЩЕГО
СТАТУСА. НАБОР АВТОРСКИХ
ПРАВ СОДЕРЖИТСЯ
В СТ. 1255 ГК РФ.
СПРАВЕДЛИВО БУДЕТ
СКАЗАТЬ, ЧТО АВТОРУ-
ФАНАТУ ОНИ ТОЖЕ
ПРИНАДЛЕЖАТ**

³⁰ Сафьянников А. В. Права на производные произведения в контексте фанфикшена // President Law Journal. 2021. №2 С.58.

³¹ Смирнова, Т. С. Произведения фанатского творчества как объекты авторского права // Юридические науки: проблемы и перспективы : материалы VII Междунар. науч. конф. Казань : Молодой ученый. 2018. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/298/14204/> (дата обращения: 26.07.2021).

³² Tushnet R. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law // Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 1997. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1917/>.

³³ Четина Е. М. Клейкова Е. А. Фандомы и фанфики: креативные практики на виртуальных платформах // Вестник Пермского университета. Российская и зарубежная филология. 2015. № 3(31). С. 95-96.

³⁴ The Organisation of Transformative Works. URL: <http://transformativeworks.org> (дата обращения: 15.08.2021).

Подводя итоги, мы должны признать существование фанатской культуры с присущими ей особенностями, а значит, и выделить статус фаната-автора из общего статуса. Набор авторских прав содержится в ст. 1255 ГК РФ. Справедливо будет сказать, что автору-фанату они тоже принадлежат. При этом, скорее всего, те, которые подразумевают собой коммерциализацию при изъятии воли автора оригинала, могут осуществляться совместно: исключительное право на произведение – распределение долей от использования. Такое ограничение будет сохраняться до истечения срока защиты авторского права создателя первоначального произведения. Право на имя тоже будет различаться: обязательным условием будет указание автора оригинала и (или) название этого произведения. У таких произведений тоже будут действовать сроки действия исключительного права, которые будут течь независимо от сроков первоначального произведения. При этом положение творческого поклонника будет

иметь больше прерогатив. Например, их почти невозможно привлечь к ответственности за нарушение цензуры, так как они всегда используют псевдонимы, что продиктовано фанатской культурой и обычно связано с персонажами любимого произведения. Такое положение позволяет им открыть новые рамки для творчества. Социальные нормы, конечно, обязывают ставить различного рода предупреждения. Но все-таки это не право с его неукоснительным исполнением. Несоблюдение социальных норм тоже может вызвать негативные санкции в виде гневных комментариев от читателей, которым работа не пришлась по вкусу, что понизит статус автора и его работы. А значит, падает популярность и просматриваемость произведений. В то же время опубликоваться в печатном издании не получится ввиду того, что многие издатели сочтут это поводом для исков по нарушению авторских прав. Также предполагается бесплатность произведения и доступность для всех, проходящих возрастное ограничение.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Братусь, Д.В. Идеи в сфере исключительного права: от понятия к оборотоспособности и правовой охране// Проблемы использования объектов авторских и смежных прав в арт-сфере: Сборник материалов «круглого стола» / Под ред. З.Ш. Шакиримова, Д.В. Братусь. – Алматы: Lex Analitik, 2017. С. 76–92.
2. Елисеев В.И. Право на переработку произведения по российскому законодательству// Вестник Московского университета. Серия 11: Право, 2017. №1. С.93–103.
3. Ермакова А.Р. Сухарева А.Е. Возможные подходы к определению правового режима пользовательского контента// Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, 2018. № 2. С. 45–56.
4. Зуева Т.В. Русский фольклор: Словарь-справочник. М.: Просвещение, 2002. – 334 с.
5. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972. –168 с.
6. Коробко М.А. Признак коллективности в фанфикшн и письменных формах современного фольклора//Вестник Брянского государственного университета, 2015. №1. С. 220–223.
7. Лисаченко А.В. Маштакова А.Р. Фанаты или пираты// Российский юридический журнал, 2016. №3(108). С.152–160.
8. Мирских И.Ю. Правовое регулирование фанатского творчества / Под ред. О.А. Кузнецовой, В.Г. Голубцова, Г.Я. Борисевич, Л.В. Боровых, Ю.В. Васильевой, С.Г. Михайлова, С.Б. Полякова, А.С. Телегина, Т.В. Шершень // Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал, 2018. № 1. С. 254–258.
9. Право интеллектуальной собственности. / Новоселова Л.А. [и др.]. М.: Статут, 2017 – 510с. URL: https://be5.biz/pravo/i030/2_.html#5
10. Сафьянников А. В. Права на производные произведения в контексте фанфикшена// President Law Journal, 2021. №2 С.55–63.
11. Семенюта Б.Е. Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов// Журнал Суда по интеллектуальным правам, 2020. № 27. С. 118–127 URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/fan-fiction-and-cosplay-vs-original-copyright-holders>
12. Смирнова, Т. С. Произведения фанатского творчества как объекты авторского права// Юридические науки: проблемы и перспективы : материалы VII Междунар. науч. конф.. Казань : Молодой ученый, 2018. С. 41–46. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/298/14204/>
13. Четина Е. М. Ключикова Е. А. Фандомы и фанфики: креативные практики на виртуальных платформах// Вестник Пермского университета. Российская и зарубежная филология, 2015. № 3(31). С. 95–104.

14. Чурилов А.Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности и новых технологий: вызовы XXI века: монография: М Юстицинформ, 2020. — 105 с.
15. Estes S. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? 32p. URL: <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper%20Final.pdf>
16. Mehra S. K. Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Cartoons My Kid Watches Are Japanese Imports? // Rutgers Law Review. 2002. Vol. 55. С.1-65.
17. Tushnet R. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law//Georgetown Law Faculty Publications and Other Works,1997. Vol.17 С.651-686 URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1917/>.

Нормативно-правовые акты:

18. Copyright Act of 1976. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf>

Судебная практика:

19. Постановлению Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г № 5/29.
20. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 сентября 2014 г. по делу № А45-11444/2013.
21. Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 1 апреля 2015 г. № С01-206/2015 по делу № А19-1320/2014.
22. Klinger v. CDE (Conan Doyle Estate, Ltd) URL:

<https://archive.org/details/604202-klinger-v-conan-doyle-estate>.

Электронные ресурсы:

23. Авторское право и бесправие в фан-творчестве URL: <https://ficbook.net/readfic/4165243>.
24. Васильева Н.И. Фольклорные архетипы в современной английской литературе и нарративе «фанфикш» (на материале произведений Дж.К.Роулинг и творчества поклонников ГП) URL: https://ruthenia.ru/folklore/ls04_vasileva1.htm.
25. Гулина В.В. К вопросу о правовой природе произведений фанатского творчества URL: <http://conf.omua.ru/content/k-voprosu-o-pravovoy-prirode-proizvedeniy-fanatskogo-tvorchestva>.
26. Кораблин А.И. Фанарт не нарушает авторских прав? URL: https://yandex.ru/question/fanart_ne_narushaet_avtorskikh_prav_7274d967/?utm_source=yandex&utm_medium=wizard&answer_id=744bba6b-d9ee-4f27-af45-a30540d84f9b#744bba6b-d9ee-4f27-af45-a30540d84f9b.
27. Мартин рассуждает о фанфикшене // 7 Королевств URL:<https://bit.ly/3fcvYES>.
28. Ушаков Д.Н. Толковый словарь URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/1049922>.
29. Johnson B. Note: Live Long and Prosper: How the Persistent and Increasing Popularity of Fan Fiction Requires a New Solution in Copyright Law. URL: https://www.minnesotalawreview.org/wpcontent/uploads/2016/04/Johnson_ONLINEPDF.pdf.
30. 8. The Organisation of Transformative Works. URL: <http://transformativeworks.org>.



УДК 347.45/47



Еськова Виктория Александровна
(Viktoriaesкова2000@mail.ru)

Студентка 3 курса бакалавриата
Юридического факультета
Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова

Victoria Eskova

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

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ РЕГУЛИРОВАНИЯ БИОБАНКИНГА ПУПОВИННОЙ КРОВИ В РОССИИ И ИСПАНИИ

COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE REGULATION OF CORD BLOOD BIOBANKING IN RUSSIA AND SPAIN

АННОТАЦИЯ: Пуповинная кровь – один из богатых источников гемопоэтических стволовых клеток, который после беременности или родов перерабатывается как отходы жизнедеятельности. Однако эта кровь имеет огромный потенциал для лечения хронических заболеваний. Количество биобанков пуповинной крови в мире увеличилось благодаря лечению стволовыми клетками, которое впервые было проведено в 1988 году при их успешной трансплантации. Ажиотаж на биобанкирование вызвал необходимость выработки нормативно-правового регулирования во всем мире, так как именно биохранилище позволяет долгие годы хранить такой ценный ресурс.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: биобанкинг, гемопоэтические стволовые клетки, защита персональных данных, информированное согласие, пуповинная кровь.

ANNOTATION: Umbilical cord blood is one of the rich sources of hematopoietic stem cells, which after pregnancy or childbirth is processed as waste products. However, this blood has a huge potential for the treatment of chronic diseases. The number of cord blood biobanks in the world has increased thanks to stem cell treatment, which was first carried out in 1988 with their successful transplantation. The hype for biobanking has caused the need to develop regulatory and legal regulation around the world, since it is the bio-storage facility that allows storing such a valuable resource for many years.

KEYWORDS: biobanking, hematopoietic stem cells, personal data protection, informed consent, cord blood.

Почему в статье анализируются именно обозначенные юрисдикции? Испания привлекает тем, что входит в число лидеров по объемам созданных банков крови пуповины и является одним из первых государств, принявших целый комплекс специальных законов о биобанках. В их число входят: Органический закон 15/1999 от 13 декабря о защите личных данных¹, Закон 41/2002 от 14 ноября, регулирующий права и обязанности пациентов в отношении клинической информации и документации², Закон 14/2007 от 3 июля о биомедицинских исследованиях³ и Королевский указ 1716/2011 от 18 ноября, устанавливающий основные требования к авторизации и работе биобанков для биомедицинских исследований и регулирующий деятельность и структуру Национального реестра биобанков для биомедицинских исследований⁴. Эти законы регулируют то, как должны создаваться биобанки, как они должны работать и каким требованиям они должны соответствовать.

¹ Органический закон 15/1999 от 13 декабря о защите личных данных. 1999 г. // URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1999/BOE-A-1999-23750-consolidado.pdf> (Дата обращения: 22.06.2021).

² Закон 41/2002 от 14 ноября, регулирующий права и обязанности пациентов в отношении клинической информации и документации. 2002 г. // URL: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I41-2002.html (Дата обращения: 19.06.2021).

³ Закон 14/2007 от 3 июля о биомедицинских исследованиях. 2007 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/Ley_Investigacion_Biomedica.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).

⁴ Королевский указ 1716/2011 от 18 ноября. 2011 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/RD_1716_2011.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).

Основная их цель — поддерживать достаточный баланс между научным прогрессом и уважением прав и свобод человека.

Что касается России, то она является неким ан-типодом Испании по видам биобанкирования, о чем будет сказано ниже. При этом отечественное регулирование не может похвастаться таким комплексом взаимосвязанных актов. Лишь в 2003 г. Минздравом был издан Приказ №325 «О развитии клеточных технологий в Российской Федерации»⁵, благодаря которому начали появляться первые банки стволовых клеток. Данным актом утверждены Инструкция по заготовке пуповинной крови для научно-исследовательских работ, Инструкция по выделению и хранению концентрата стволовых клеток пуповинной крови человека и Положение о Банке стволовых клеток пуповинной крови человека. Анализируя указанный приказ, можно прийти к выводу, что в настоящее время биобанк может создаваться как структурное подразделение некоммерческой медицинской или образовательной организации, занимающейся научно-исследовательской деятельностью. Также возможно создание биобанка пуповинной крови как коммерческой организации или ее подразделения.

Цель настоящего исследования состоит в необходимости провести сравнительную линию между двумя юрисдикциями, а также понять, почему Испания является лидером биобанкинга пуповинной крови, что даст определенный толчок для будущего развития отечественного законодательного регулирования.

Первым существенным отличием является установление нормативных основ частного биобанкинга и донорских пожертвований. В России и Испании успешно развивается индустрия банкинга клеток и тканей, особенно в отношении гемопоэтических стволовых клеток пуповинной крови. Возможно хранение как в частных биобанках, так и государственных.

Зачем хранить пуповинную кровь в частном биобанке? Для того чтобы в будущем стволовые клетки были доступны ребенку или родственникам первой или второй степени. Такие биобанки собирают и хранят стволовые клетки пуповины клиентов для потенциального будущего лечения

В РОССИИ И ИСПАНИИ УСПЕШНО РАЗВИВАЕТСЯ ИНДУСТРИЯ БАНКИНГА КЛЕТОК И ТКАНЕЙ, ОСОБЕННО В ОТНОШЕНИИ ГЕМОПОЭТИЧЕСКИХ СТВОЛОВЫХ КЛЕТОК ПУПОВИННОЙ КРОВИ. ВОЗМОЖНО ХРАНЕНИЕ КАК В ЧАСТНЫХ БИОБАНКАХ, ТАК И ГОСУДАРСТВЕННЫХ

самого донора или членов его семьи. В данном случае предлагается форма медицинского страхования каждой семье на случай, если у ее члена в будущем будет диагностировано заболевание, поддающееся лечению стволовыми клетками.

На сегодняшний день в России осуществляют работу 11 частных банков, оказывающих такую услугу. При обращении к семейным биохранилищам пуповинной крови необходимо до родов заключить договор на получение необходимых наборов для сбора и дальнейшей криоконсервации биоматериала. Впоследствии акушер собирает от роженицы пуповинную кровь, и далее она транспортируется из родильного дома в лабораторию биобанка, с которым был заключен договор, для последующего выделения и хранения стволовых клеток. Казалось бы, отечественный механизм частного хранения понятен. Но что происходит с гемопоэтическими стволовыми клетками, если роженица впоследствии откажется от последующего хранения биоматериала? Однозначного подхода до сих пор не выработано. Стоит предположить, что данное положение должно быть отражено в договоре между биобанком и роженицей, но ни в одном из проанализированных документов не была отмечена дальнейшая судьба выделенных из пуповинной крови клеток, либо же такое положение должно иметь нормативное закрепление, так как описанный случай имеет прямое отношение к защите личных данных. Ду-

⁵ Приказ Минздрава РФ от 25.07.2003 N 325 «О развитии клеточных технологий в Российской Федерации» // «Российская газета» от 12 августа 2003 г. N 159.

мается, что утилизация — самый верный выход из описанного положения, так как в силу определенных особенностей информированного согласия и системы отечественной защиты персональных данных, которые будут описаны ниже, передача частными биобанками «отказанных» клеток в публичное хранилище существенно нарушает конституционные права роженицы.

Что касается Испании, то там функционирование семейных биобанков существенно отличается от отечественных. В Испании есть 2 частных банка пуповинной крови с полными лицензиями на обработку и хранение и еще 2 только с разрешением на обработку. Частный банк пуповинной крови, который имеет полную лицензию, теоретически может заключить контракт с роженицей на хранение пуповинной крови своего ребенка. Но здесь наблюдаются некоторые ограничения. Согласно национальным правилам Испании всякая единица пуповинной крови, хранящаяся в государстве, должна подлежать обязательному объявлению типа HLA (human leukocyte antibody)⁶, из-за чего весь биоматериал внесен в международный реестр как потенциальная общественная единица в случае, если она биологически подходит нуждающемуся пациенту. Следовательно, пуповинную кровь, хранящуюся в частном порядке, предоставляют в публичную систему донорства. В такой ситуации для частного хранения биобанки вынуждены направлять образцы пуповинной крови за пределы страны. Например, один из крупнейших частных биобанков Испании направляет выделенные стволовые клетки в Португалию для хранения. По сути, наблюдается некая «гибридная» модель, сочетающая в себе аспекты как государственной, так и частной систем. В такой ситуации возникает закономерный вопрос: не подрывает ли подобный механизм всю систему биобанкинга? Думается, что такие нормы вызваны объективной необходимостью в связи с особенностями национального законодательства, в котором публичные интересы превалируют над частными. У роженицы в Испании так или иначе есть возможность сохранить биоматериал для дальнейшего использования, так как частные

биобанки активно сотрудничают с зарубежными, чтобы у испанских властей не было возможности использовать гемопоэтические стволовые клетки для нуждающихся.

Также возможна сдача пуповинной крови в государственный банк, чтобы впоследствии использовать ее для пациента, нуждающегося в трансплантации гемопоэтических стволовых клеток, либо же для иного исследования. Такой образец становится частью биоколлекции, который в любой момент может быть использован на благо общественности. В России и Испании механизм действия публичных биохранилищ схож и не нуждается в сравнительном анализе.

Важным аспектом предоставления медицинских услуг является феномен информированного согласия. Информированное согласие — это проявление свободной и сознательной воли доноров, которая основана на предварительном предоставлении необходимой информации.

Начнем с Испании. Закон устанавливает, что каждый донор должен дать свое четко выраженное информированное согласие на сбор, использование и хранение образцов. В нем указываются направления использования образцов в биобанке, личность донора, ответственные стороны, местонахождение и специализация биобанка. Любое участие доноров в исследовательском проекте и сбор у них биологических образцов для целей биомедицинских исследований может осуществляться только с предварительного согласия доноров. Но образцы для хранения в биохранилище стволовых клеток носят перспективный характер, т.е. невозможно предвидеть, в каком конкретно проекте они будут использоваться. Также стоит вспомнить про гибридный характер биобанков: даже возможность использовать стволовые клетки членами семьи затруднена. Поэтому Закон о биомедицинских исследованиях и Королевский указ 1716/2011 легализовали модель «широкого согласия». Широкое согласие подразумевает, что доноры дают свое согласие не только на определенные манипуляции с биообразцами, но и распространяют свое согласие также на иные классы или категории исследований, например,

⁶ Cord blood banking in Spain. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://parentsguidecordblood.org/en/news/cord-blood-banking-spain-public-private-and-cross-over-private-public> (Дата обращения: 21.07.2021).



на исследования рака или сердечно-сосудистых заболеваний. В Испании использование «широкого согласия» актуально как для семейных биобанков, так и для государственных. Справедливо будет сказать, что испанская модель информированного согласия имеет существенный недостаток: сдавая материал в биобанк, субъект не знает, как и когда конкретно он будет использован, что не позволяет роженице узнать о каком-либо проведенном исследовании, а также исключает возможность изъятия своих данных.

В Испании примечательным является решение Конституционного суда⁷, которое лишний раз устанавливает необходимость наличия информированного согласия лица при медицинском вмешательстве, так как именно оно является обязательным следствием гарантии основного права на физическую и моральную неприкосновенность, что отражено в статье 15 Конституции Испании. Причем, по мнению суда, главной осо-

бенностью информированного согласия является главным образом предупреждение пациента/донора о возможных рисках, что должно быть надлежащим образом отражено в упомянутом документе. Также суд в своем решении напоминает о том, что тело предстает как частная сфера, свободная от произвольного вмешательства. Таким образом, Конституционный суд ставит право пациента на автономию сверх медицинского патернализма. Это же актуально и в случае с биобанкированием пуповинной крови, так как осуществление забора пуповинной крови как в публичный, так и в частный банк возможно лишь в случае наличия информированного согласия, без которого проведение данной процедуры становится невозможным.

В России наличие информированного согласия матери также является ключевым основанием для проведения забора пуповинной крови. Это отмечено в Приказе Департамента здравоохранения

⁷ El consentimiento informado en sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/2011 de 28 de marzo. // URL: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7626 (Дата обращения: 22.06.2021).

г. Москвы от 08.12.2003 №702 «Об организации работы ГУЗ «Банк стволовых клеток Департамента здравоохранения города Москвы»»⁸, где указано, что отсутствие информированного согласия является противопоказанием к рассматриваемой процедуре. В таком согласии обязательно указывается, что донор стволовых клеток не получает информацию об использовании его клеток, а также вознаграждения за их сбор и использование. При этом до сбора клеток пуповинной крови роженица имеет право в любой момент отказаться от процедуры без объяснения причин. В частных биобанках в России, в отличие от государственных, в информированном согласии отражены дополнительные условия забора и хранения крови. Например, в договоре одного из крупнейших биохранилищ указано, что оставшиеся после выделения стволовых клеток эритроцитарная масса и плазма будут использованы для проведения анализов и могут быть использованы для научных исследований. Также отмечено, что гемопоэтические стволовые клетки после их выделения из пуповинной крови можно хранить бессрочно при соблюдении соответствующих температурных условий, что не отражено в информированном согласии при адресации пуповинной крови государственным биобанкам.

По сути, можно сказать, что регулирование в рассматриваемых юрисдикциях похоже. Но при этом в Испании действует единая форма информированного согласия как для частных, так и для государственных биобанков, что отличается от отечественной регламентации. Однако согласие матери, используемое в России при передаче пуповинной крови в государственный биобанк, также можно именовать «широким», так как оно содержит достаточно расплывчатые формулировки о дальнейшей судьбе образца. Ключевым аргументом, подтверждающим данный тезис, является то, что стволовые клетки, выделенные из пуповинной крови, могут подлежать длительному хранению, использованию в лечебных и научно-исследовательских целях и выбраковке без получения дополнительного согласия донора, что отражено в информированном согласии. При

**В БИОБАНКАХ ПУПОВИННОЙ
КРОВИ НАКАПЛИВАЕТСЯ
БОЛЬШОЕ КОЛИЧЕСТВО
ОБРАЗЦОВ, РАЗЛИЧНЫЕ
ВИДЫ ИНФОРМАЦИИ
О ЛЮДЯХ ЗА ДЛИТЕЛЬНЫЙ
ПЕРИОД ВРЕМЕНИ.
ОБРАБОТКА БИООБРАЗЦОВ
И ИХ ДАЛЬНЕЙШАЯ
КРИОКОНСЕРВАЦИЯ ПРИВОДИТ
К ХРАНЕНИЮ ЗНАЧИТЕЛЬНОГО
ПЛАСТА ЛИЧНЫХ ДАННЫХ**

частном биобанкировании в России в согласии видна направленность и цель выделения и последующего хранения стволовых клеток пуповинной крови, следовательно, в данном случае используется традиционная модель, которая предоставляет лицу четкую и конкретную информацию о действиях, которые необходимо провести с его образцами.

В биобанках пуповинной крови накапливается большое количество образцов, различные виды информации о людях за длительный период времени. Обработка биообразцов и их дальнейшая криоконсервация приводит к хранению значительного пласта личных данных. К ним относятся: медицинская и генетическая информация, социально-демографические характеристики образа жизни и поведения лица. Следовательно, существует риск того, что данные биобанка могут попасть в чужие руки и использоваться во вред субъекту. Однако считается, что до тех пор, пока соблюдаются определенные процедуры безопасности личных данных, риск отсутствует или он очень низок⁹. Феномен личных данных, хранящихся в биобанках, поднимает вопросы о том, каким образом сохранить конфиденциальность и тем самым защитить личную жизнь лица.

В Испании такая информация рассматривается как данные с особой защитой. В данной теме

⁸ Приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 08.12.2003 N 702 «Об организации работы ГУЗ «Банк стволовых клеток Департамента здравоохранения города Москвы» (ред. от 21.11.2007).

⁹ Eriksson S., Helgesson G. Potential harm, anonymity and the right to withdraw consent to biobank research. 1071-1076 p.

наибольший интерес вызывает проведение научно-исследовательских работ, так как, несмотря на объявленную ценность личной жизни, информация о пациенте все же не предоставляется исследователю в идентифицируемой форме. В таком случае исследователь должен проинформировать биобанк о шагах, которые нужно предпринять для гарантии конфиденциальности личных данных. Принимая во внимание юридические требования этих правил, биобанки применяют различные стратегии для их защиты. Считается, что использование анонимных образцов является наиболее эффективным способом, однако это серьезно ограничивает любые исследовательские возможности. Именно поэтому многие биобанки отказываются от полной анонимности и поддерживают кодирование информации как наиболее подходящий способ защиты. В Испании чаще всего используется простое кодирование, двойное кодирование или даже тройное кодирование, что является гарантом конфиденциальности в исследовательских и донорских проектах.

В России же, если лицо осуществляет пожертвование пуповинной крови в государственный биобанк, то вся информация о доноре стволовых клеток является строго конфиденциальной и не подлежит разглашению. На закрытой донорской системе с заготовленной пуповинной кровью указывается идентификационный номер роженницы, что позволяет не допустить утечки личных данных. Что касается частного банкирования, то в таком случае подписывается дополнительное согласие на обработку персональных данных, где указывается возможность биобанка осуществлять любые действия с персональными данными, в том числе сбор, хранение, обновление, извлечение и так далее. Следовательно, в случае направления пуповинной крови в семейный банк личные данные не подлежат особой защите и свободно используются биобанком при необходимости.

Думается, что система шифрования является одним из самых прочных вариантов защиты личных данных, так как такая вариативность кодиро-

вания информации с целью ее сокрытия позволяет дополнительно ограничить к ней доступ для тех лиц, кому не положено ею пользоваться.

В рассматриваемых юрисдикциях наблюдается различное правовое регулирование в отношении лицензирования такой деятельности. В Испании Королевский указ 1277/2003 от 10 октября¹⁰ устанавливает общие основания для выдачи разрешений на деятельность медицинских центров, служб и учреждений. Целью этого указа является создание основ для гарантий безопасности и качества медицинской помощи. Биобанк рассматривается как специализированный центр, для легальной деятельности которого необходимо иметь разрешение, выдаваемое Министерством здравоохранения и социальной политики.

Исходя из наличной документации крупнейшего коммерческого биобанка в России, можно сделать вывод, что работа с пуповинной кровью квалифицируется как медицинская деятельность по оказанию высокотехнологичной медицинской помощи по забору гемопоэтических стволовых клеток, их транспортировке и хранению. Сбор же пуповинной крови проводится силами врачей по специальности «акушерское дело» в организациях, имеющих лицензию на медицинскую деятельность, в том числе в части оказания работ по акушерскому делу, т.е. для учреждений родовспоможения, осуществляющих сбор пуповинной крови, дополнительной специальной лицензии не требуется.

По сути, значительных различий в лицензировании медицинской деятельности в рассматриваемых юрисдикциях не наблюдается. Единственное, чем выделяется регулирование в Испании: специальные разрешения выдаются не на определенную деятельность, а в зависимости от того, к какому виду медицинского учреждения относится то или иное юридическое лицо. Например, в указе выделяются больницы, медицинские консультации, многоцелевые центры и т.д. В России же лицензирование осуществляется на основе того, каким видом медицинской деятельности занимается организация¹¹.

¹⁰ Королевский указ 1277/2003 от 10 октября. 2003 г. // URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-19572-consolidado.pdf> (Дата обращения: 19.06.2021).

¹¹ Постановление Правительства РФ от 1 июня 2021 г. N 852 «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляе-

мой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково») и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации, N 23, 07.06.2021.

**В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ МИРОВОЙ
РЫНОК СТВОЛОВЫХ КЛЕТОК
ДОМИНИРУЕТ В ИНДУСТРИИ
ЗДРАВООХРАНЕНИЯ БЛАГОДАРЯ
СВОИМ НАДЕЖНЫМ
И ЭКОНОМИЧЕСКИ
ЭФФЕКТИВНЫМ МЕТОДАМ
ЛЕЧЕНИЯ И НАИМЕНЬШЕМУ
КОЛИЧЕСТВУ ПОБОЧНЫХ
ЭФФЕКТОВ. СЕГМЕНТ СТВОЛОВЫХ
КЛЕТОК ПУПОВИННОЙ КРОВИ –
ОДНА ИЗ ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ СФЕР
РЫНКА СТВОЛОВЫХ КЛЕТОК,
КОТОРАЯ, ПО ПРОГНОЗАМ,
БУДЕТ РАСТИ В БУДУЩЕМ**

Чья это кровь? Данный вопрос носит доктринальный характер и применим ко всем юрисдикциям. Его рассмотрение является принципиальным, так как поднимает важнейшую проблему собственности.

Вопрос о том, кому принадлежит пуповинная кровь, еще не рассматривался в судах. Согласно преобладающим этическим и юридическим взглядам, собственником пуповинной крови и самой пуповины является новорожденный¹². Предполагается, что родитель действует от имени ребенка в интересах охраны его здоровья. Данное положение можно увидеть даже в некоторых частных биобанках. Так, в одном из крупнейших семейных биохранилищ России закреплено правило о том, что конкретный договор действует до наступления совершеннолетия ребенка клиента, который вправе по своему усмотрению решить судьбу биообразца.

В противовес этой позиции многие исследователи утверждают, что мать вправе решать, что делать с пуповинной кровью: отдавать ли этот материал в собственность государства, сохранить в частном биобанке или уничтожить его. Следо-

вательно, у матери после перерезания пуповины действует неограниченное право решать, что делается с собственным телом. В случае признания этого тезиса верным отправляемая на хранение пуповинная кровь может стать предметом подарка матери ребенку.

Возможность сдачи пуповинной крови в государственный банк также является предметом спора. Но здесь позиция в доктрине сформирована более однозначно: решение о передаче биоматериала для его использования другими людьми принимает роженица, т.е. пуповинная кровь передается государству на основании информированного согласия матери в наилучших интересах общества, членами которого являются она и ее ребенок. В таком случае собственником можно считать публичный биобанк, а в случае трансплантации – самого реципиента.

Ввиду новизны рассматриваемого института отечественная судебная практика не пестрит вариативностью споров в отношении биобанкирования пуповинной крови. Причинами судебного разбирательства являются недостаток договорной техники или же неисполнение обязательства по договору (в основном взыскание задолженности по договору оказания медицинских услуг).

Но тем не менее выделяющиеся кейсы, связанные со спецификой сбора и дальнейшей обработки биоматериала, есть. Так, опираясь на Апелляционное определение Московского городского суда¹³, можно усмотреть некоторые особенности регуляторного воздействия на биобанкирование. По иску было предъявлено требование о взыскании неустойки, компенсации морального вреда и судебных расходов ввиду того, что биобанком часть собранного биоматериала была утилизирована, так как было обнаружено наличие микробной контаминации. Представитель истца утверждал, что услуга была оказана некачественно, так как никаких осложнений при родах у роженицы не было, следовательно, инфекция была занесена в период нахождения биоматериала у ответчика. По итогам судебной экспертизы было выявлено, что инфекция попала в организм матери на последнем месяце беременности. Следовательно,

¹² Малеина М.Н. Договор криоконсервации и хранения биологического материала человека в персональном биобанке // Журнал российского права. 2021. N 4. С. 71-82.

¹³ Апелляционное определение Московского городского суда от 04.03.2019 по делу N 33-9446/2019. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.

суд не усмотрел оснований для удовлетворения исковых требований.

При рассмотрении конкретных кейсов стоит упомянуть еще один, связанный с техническими особенностями забора пуповинной крови и ее дальнейшего хранения. Исходя из решения районного суда № 2-6080/2013 от 4 декабря 2013 года¹⁴, наблюдается следующая ситуация: истица заявляла, что стороной ответчика договор не исполнен, так как биобанк не обеспечил осуществление забора пуповинной крови. Суд не удовлетворил требования истицы о взыскании денежных средств по договору, убытков и компенсации морального вреда, так как забор пуповинной крови был осуществлен, но в связи с тем, что ее оказалось недостаточно для последующего выделения гемопоэтических стволовых клеток, что обусловлено физиологической особенностью организма пациентки, суд не усмотрел вины биобанка в неисполнении договора.

Думается, что в скором времени как отечественная, так и зарубежная судебная практика пополнятся резонансными решениями, связанными, в первую очередь, с определением собственника и дальнейшим распоряжением гемопоэтическими стволовыми клетками, так как этот вопрос в ближайшем будущем встанет наиболее остро в связи с подрастанием детей, пуповинную кровь которых сдали в биобанк.

Мировой рынок биобанкинга пуповинной крови, оцениваемый в 25,8 млн долларов США в 2018 году, должен достичь оценки в 64,7 млн долларов США к 2027 году. С 2019 по 2027 год рынок будет расти совокупными годовыми темпами роста в 10,9%¹⁵. Основным фактором, приводящим к росту рынка, является увеличение частоты генетических нарушений. В настоящее время мировой рынок стволовых клеток доминирует в индустрии здравоохранения благодаря своим надежным и экономически эффективным методам лечения и наименьшему количеству побочных эффектов. Сегмент стволовых клеток пуповинной крови — одна из потенциальных сфер рынка стволовых клеток, которая, по прогнозам, будет расти в будущем.

В рассматриваемых юрисдикциях система построения биобанкинга пуповинной крови схожа. Ключевым и показательным отличием является «гибридная» система в Испании, при которой государственное хранение «съедает» возможность сохранения стволовых клеток для семьи в своей стране в целях дальнейшей родственной трансплантации. Именно из-за этого наблюдаются разные подходы государств к защите данных и информированному согласию. Думается, что это и есть ключевой фактор такого прогрессивного развития биобанкинга в Испании, так как осуществление донорских пожертвований является достаточно обычным процессом в данной юрисдикции.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Малеина М.Н. Договор криоконсервации и хранения биологического материала человека в персональном биобанке // Журнал российского права. 2021. N 4. С. 71–82.
2. Eriksson S., Helgesson G. Potential harm, anonymity and the right to withdraw consent to biobank research. 1071–1076 p.

Нормативно-правовые акты:

3. Постановление Правительства РФ от 1 июня 2021 г. N 852 «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими органи-

зациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково») и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации, N 23, 07.06.2021.

4. Приказ Минздрава РФ от 25.07.2003 N 325 «О развитии клеточных технологий в Российской Федерации» // «Российская газета» от 12 августа 2003 г. N 159.
5. Приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 08.12.2003 N 702 «Об организации работы ГУЗ «Банк стволовых клеток Департамента здравоохранения города Москвы» (ред. от 21.11.2007).

¹⁴ Решение № 2-6080/2013 от 4 декабря 2013 г. по делу № 2-6080/2013. // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/fQvIW5Swuqm8/>

¹⁵ Cord Blood Banking Services Market to Grow at CAGR of 10.9% from 2019 to 2027: TMR Study. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://www.prnewswire.com/news-releases/cord-blood-banking-services-market-to-grow-at-cagr-of-10-9-from-2019-to-2027-tmr-study-301110082.html> (Дата обращения: 13.06.2021).

6. Органический закон 15/1999 от 13 декабря о защите личных данных. 1999 г. // URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1999/BOE-A-1999-23750-consolidado.pdf> (Дата обращения: 22.06.2021).
7. Закон 41/2002 от 14 ноября, регулирующий права и обязанности пациентов в отношении клинической информации и документации. 2002 г. // URL: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l41-2002.html (Дата обращения: 19.06.2021).
8. Королевский указ 1716/2011 от 18 ноября. 2011 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/RD_1716_2011.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).
9. Закон 14/2007 от 3 июля о биомедицинских исследованиях. 2007 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/Ley_Investigacion_Biomedica.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).
10. Королевский указ 1277/2003 от 10 октября. 2003 г. // URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-19572-consolidado.pdf> (Дата обращения: 19.06.2021).
11. Апелляционное определение Московского городского суда от 04.03.2019 по делу N 33-9446/2019. [Электронный ресурс] // СПС КонсультантПлюс.
12. Решение № 2-6080/2013 от 4 декабря 2013 г. по делу № 2-6080/2013. // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/fQv1Ws5wuqm8/> (Дата обращения: 22.06.2021).
13. El consentimiento informado en sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/2011 de 28 de marzo. // URL: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7626 (Дата обращения: 22.06.2021).

Электронные ресурсы:

14. Cord blood banking in Spain. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://parentsguidecordblood.org/en/news/cord-blood-banking-spain-public-private-and-cross-over-private-public> (Дата обращения: 21.07.2021).
15. Cord Blood Banking Services Market to Grow at CAGR of 10.9% from 2019 to 2027: TMR Study. [Электронный ресурс]. Режим доступа: URL: <https://www.prnewswire.com/news-releases/cord-blood-banking-services-market-to-grow-at-cagr-of-10-9-from-2019-to-2027-tmr-study-301110082.html> (Дата обращения: 13.06.2021)

Судебная практика:

11. Апелляционное определение Московского городского суда от 04.03.2019 по делу N 33-



УДК 347.28.01

Ананьев Александр Евгеньевич
(aeanan@edu.hse.ru)

Студент второго курса НИУ ВШЭ

Aleksandr Ananyev

2-nd year student

of the National Research University

Higher School of Economics

ЮРИДИЧЕСКАЯ КОНСТРУКЦИЯ ПРЕИМУЩЕСТВЕННОГО ПРАВА

THE LEGAL STRUCTURE OF THE PREEMPTIVE RIGHT

АННОТАЦИЯ: В статье проанализированы вопросы, связанные со структурой преимущественных прав и их фактической наполненностью. На данный момент в судебной практике возникает ряд вопросов, связанных с реализацией преимущественных прав, которые возможно решить только при понимании того, из чего состоит данная правовая категория, как ее структура влияет на правомочия приобретателей и отчуждателей (гранторов) объектов преимущественных прав.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:

преимущественное право; фаза ожидания; активная фаза; секундарное право; sui generis.

ANNOTATION: The article analyzes the structure of preemptive rights and their actual fullness. At the moment arbitrage practice raises a number of issues related to the realization of preemptive rights, which can only be resolved by understanding of the fact what this legal category consists of, how its structure affects the powers of acquirers and alienators (grantors) of objects of preemptive rights..

KEYWORDS: *preemptive right; waiting phase; active phase; power; sui generis.*

Введение

Преимущественные права – это институт, которым часто оперирует гражданское законодательство. Чтобы применять нормы о преимущественных правах правильным образом необходимо четко понимать, в чем состоит сущность данного правового явления. В доктрине довольно давно идет спор по этому вопросу.

Представляется, что для ответа на него необходимо рассмотреть конструкцию и фактическую наполненность преимущественных прав, чтобы понять, как работает преимущественное право в статике. А также изучить «жизненные циклы» существования преимущественных прав, чтобы увидеть, как преимущественные права осуществляются в динамике.

Что есть преимущественные права?

Перед рассмотрением юридической конструкции преимущественного права следует дать обзор того, как понимают преимущественные права разные исследователи в разных правовых системах.

Обязательственные права. Как пишет И.С. Чупрунов, взгляд на преимущественные права как на обязательственные преобладает во Франции и в странах общего права, где преимущественное право – ординарное условие договора¹. Среди российских исследователей такого взгляда придерживаются Д.В. Ломакин², Д.И. Степанов³, К.И. Скловский и М.А. Ерохова (Смирнова)⁴ в ранних работах. Обо-

¹ Чупрунов И.С. К вопросу о конструкции преимущественного права покупки доли (акции) // СПС «Консультант Плюс»

² Ломакин Д.В. Преимущественные права участников (членов) корпораций по гражданскому законодательству России // СПС «Гарант».

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского (п. 2 комментария к ст. 93; автор комментария – Д.И. Степанов). Цит. по И.С. Чупрунов Указ. соч.

⁴ Скловский К.И., Смирнова М.А. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // СПС «Консультант Плюс».

снованием этой позиции ее сторонники вводят следующее: а) сделка по отчуждению доли остается действительной, несмотря на нарушение преимущественного права⁵; б) преимущественное право не ограничивает право собственности (спорно)⁶; в) иск о переводе прав и обязанностей направлен против третьих лиц (контрагентов)⁷; г) симметричное положение сторон, когда в вещном праве положение не симметричное⁸; д) преимущественные права не обладают эластичностью, о них нельзя отказаться⁹; е) преимущественные права есть и у участников хозяйственных обществ¹⁰.

Вещные права. Закрепление преимущественных прав в качестве вещных существует на законодательном уровне в некоторых правовых порядках. Например, ГГУ закрепляет категорию вещных преимущественных прав покупки в § 1094-1104. В преимущественных правах такого рода видят ограниченное вещное право¹¹. Авторы, придерживающиеся этой концепции, доказывают ее, ссылаясь а) на перевод прав и обязанностей, который действует против третьих лиц, как показатель того, что это вещное право; б) на факт того, что предметом договора является вещь; в) отражение этого права в поземельной книге¹². В российской доктрине этой точки зрения придерживаются И.А. Покровский¹³, С.А. Сеницын¹⁴, Л.Ю. Леонова¹⁵, И.А. Гребенкина¹⁶, Е.А. Суханов¹⁷, В.А. Белов в ранних работах¹⁸.

**ФАЗА ОЖИДАНИЯ ДЛИТСЯ
ДО ТОГО МОМЕНТА,
КАК ПРАВООБЛАДАТЕЛЮ
ПОТРЕБУЕТСЯ
ВОСПОЛЬЗОВАТЬСЯ
СРЕДСТВАМИ ЗАЩИТЫ
С ЦЕЛЮ ПРЕПЯТСТВИЯ
НАРУШЕНИЮ
ПРЕИМУЩЕСТВЕННОГО
ПРАВА**

Секундарные права. Идея рассмотрения преимущественных прав в качестве секундарных принадлежит немецкой доктрине. Так, в работе Э. Зеккеля, являющейся одной из основ учения о секундарных правах, преимущественные права приводятся в качестве одного из самых распространенных примеров прав секундарных¹⁹. В самой немецкой доктрине идет спор о том, через что объяснить конструкцию преимущественных прав: через «двойную условную продажу (Bedingungstheorie)²⁰, через разновидность прав оферты (Offertentheorie) или опциона (Optionstheorie)²¹

или же через самостоятельный тип секундарных прав²². В США также бытует точка зрения, что преимущественное право реализуется с помощью опциона²³. В России сторонниками этой идеи являются И.С. Чупрунов²⁴, К.И. Скловский в поздних работах²⁵, В.А. Белов в поздних работах²⁶, В.Е. Карнушин²⁷.

После беглого экскурса необходимо рассмотреть юридическую конструкцию преимущественных прав. В доктрине принято делить действие преимущественных прав на две фазы: фазу ожидания и активную фазу²⁸.

Фаза ожидания

Фаза ожидания длится до того момента, как правообладателю потребуется воспользоваться средствами защиты (по ГК РФ «перевод прав и обязанностей») с целью препятствия нарушению

⁵ Там же.

⁶ Там же.

⁷ Там же.

⁸ Там же.

⁹ Там же.

¹⁰ Там же.

¹¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. М.: Статут, 2020. С. 207-208.

¹² Чупрунов И.С. Указ. соч.

¹³ Покровский И.А. Указ. соч.

¹⁴ Сеницын С.А. Вещная природа преимущественных прав // СПС «Гарант».

¹⁵ Леонова Л.Ю. Преимущественное право покупки: история возникновения, осуществление и защита // СПС «Гарант».

¹⁶ Гребенкина И.А. Право преимущественной покупки чужой недвижимости как новое ограниченное вещное право для РФ: анализ вещных признаков и проблема «обязательственных элементов» // Актуальные проблемы российского права. 2013. N 2. С. 143 – 150. Цит. по И.С. Чупрунов Указ. соч.

¹⁷ Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. С. 35.

¹⁸ Белов В.А. Основы учения о преимущественных правах // Вестник МГУ. Серия Право. 2001. №6.

¹⁹ Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // СПС «Консультант Плюс».

²⁰ Чупрунов И.С. Указ. соч.

²¹ Там же.

²² Там же.

²³ Gray v. Stegner, 160 Fed. Appx. 32, 2005 U.S. App. LEXIS 27946 (2d Cir. Vt., Dec. 15, 2005).

²⁴ Чупрунов И.С. Указ. соч.

²⁵ Скловский К.И. Некоторые проблемы преимущественного права покупки / Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»). Цит. по Чупрунов И.С. Указ. соч.

²⁶ Белов В.А. Гражданское право в 4 т. Том IV в 2 кн. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы. Книга 2. Иные (не являющиеся обязательствами) гражданско-правовые формы + доп. Материал в ЭБС. 2-е изд. М.: Юрайт, 2020.

²⁷ Карнушин В.Е. Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации: общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / Под ред. В.П. Камышанского. М.: Статут, 2016. С. 75 - 78

²⁸ Чупрунов И.С. Указ. соч.

преимущественного права. Рассмотрим это на примере.

Фаза ожидания может выражаться в наличии обязательственных или вещных прав. Проблема состоит в том, что категория преимущественных прав довольно расплывчата и может вбирать в себя институты из разных отраслей права. Однако, когда исследуют эту категорию в гражданском праве, анализ ограничивается, как правило, категорией преимущественных прав покупки²⁹, и именно по поводу этого института идут ожесточенные споры. Тем не менее гражданское право содержит и другие примеры преимущественных прав (например, преимущественное право на заключение договора). Но необходимо разобраться по порядку.

Так, ГГУ, с одной стороны, рассматривает институт преимущественных прав как вещное право, обременение (§ 1094). Такое право устанавливается только тогда, когда объектом установления этого права является земельный участок. Более того, вещное преимущественное право вносится в поземельную книгу в качестве обременения данного земельного участка. Также признаком вещного преимущественного права является то, что устанавливается оно в пользу соответствующего собственника земельного участка и не может быть отделено от права собственности на этот участок (§ 1103 (1) ГГУ).

Следует отметить, что ВС РФ, наоборот, отрицает точку зрения, согласно которой преимущественное право покупки является ограничением права собственности, поскольку оно не влияет на реализацию ни одного из составляющих права собственности элементов (владение, пользование, распоряжение п. 1 ст. 209 ГК)³⁰.

Такая позиция ВС довольно странна, поскольку преимущественное право усложняет процесс продажи вещи, что ограничивает распорядительную власть собственника. Однако данное рассуждение не подвергает сомнению тот факт, что на данный момент в РФ не существует вещных преимущественных прав, поскольку для вещных прав в отечественном правовом порядке действует правило *numerus clausus*, а ГК или иные источники граждан-

данского права не содержат упоминания именно о вещном характере преимущественных прав.

С другой стороны, немецкий правовой порядок предусматривает и обязательственные преимущественные права покупки. Они характеризуются тем, что устанавливаются в пользу определенного лица и не могут быть увязаны с правом собственности на земельный участок (§ 1103 (2) ГГУ).

В России идет спор по поводу природы преимущественных прав. Однако ввиду темы исследования интерес представляет только потенциальная возможность преимущественного права покупки быть вещным. Иными словами, преимущественное право покупки может носить вещный характер, однако в РФ оно обладает лишь обязательственными свойствами.

Например, согласно абз. 1 п. 1 ст. 1035 ГК, пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, по истечении срока договора коммерческой концессии имеет преимущественное право на заключение договора на новый срок.

Здесь закон предусматривает два обязательства. Первое: в случае если пользователь надлежащим образом исполнял свои обязанности, не нарушать его преимущественное право. Второе: при его желании заключить с ним договор на новый срок.

Таким образом, фаза ожидания может заключаться либо в обязательственных правах, либо в вещных. Однако в РФ фаза ожидания заключается только в обязательственных правах, поскольку ГК не предусматривает вещных преимущественных прав, как это делает ГГУ. Также преимущественное право вещного порядка не может быть установлено договором, поскольку в РФ действует правило *numerus clausus*.

Активная фаза

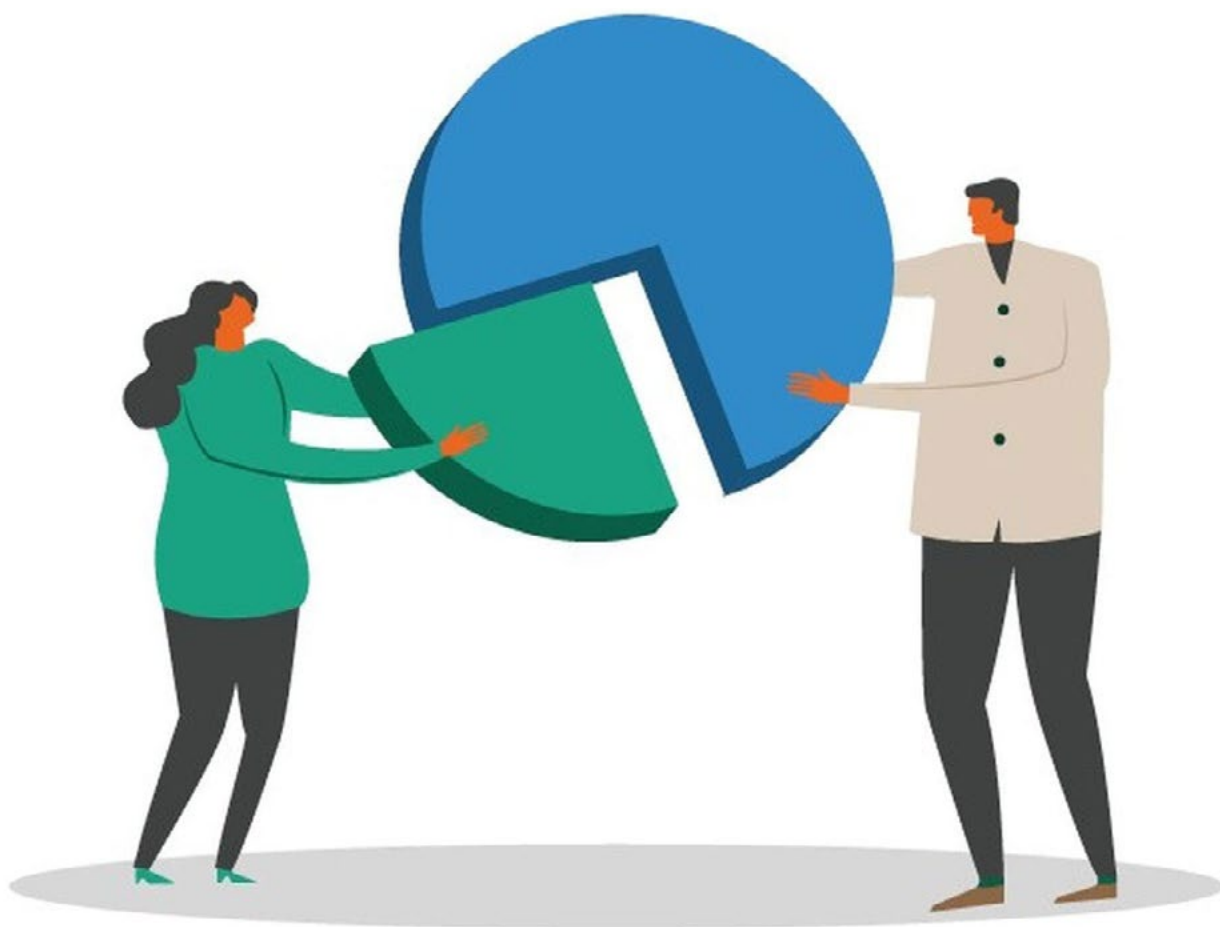
Активная фаза начинается в момент нарушения прав, заключенных в фазе ожидания грантором³¹, т.е. заключения договора с третьим лицом³². Иными словами, активная фаза – это реакция на неправомерное поведение грантора с целью реализации своего преимущественного права. Американский правовой порядок также придерживается идеи, что

²⁹ См. наприм. Скловский К.И. и Ерохова (Смирнова) М.А. Указ. соч.; Гребенкина И.А. Указ. соч.; Бородкин В.Г. Преимущественное право покупки в хозяйственных обществах: изменения в ГК РФ и корпоративный договор «Закон», N 7, июнь 2014 г. и т.д.

³⁰ Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22 июня 2004 г. N

³¹ В данной работе грантором называется отчуждатель объекта преимущественного права (обязанное лицо), который нарушает преимущественное право правообладателя. Этим термином в своей работе пользуется И.С. Чупрунов.

³² Чупрунов И.С. Указ. соч.



возможность реализации преимущественного права наступает в момент появления покупателя: «the seller and others the right to purchase the property when the buyer decides to sell»³³.

Российская судебная практика описывает это понятие так: «Смысл преимущественного права приобретения, как правило, заключается в том, что какое-то имущество продается третьему лицу (потенциальному покупателю), и только в этом случае обладатель преимущественного права может им воспользоваться на тех же условиях, что и потенциальный покупатель»³⁴.

Закон предусматривает при нарушении преимущественного права, то есть при неисполнении обязательств, предусмотренных фазой ожидания, использовать «перевод прав и обязанностей»³⁵, то есть преобразовательный иск.

Здесь следует говорить о связи прав преимущественных с правами секундарными. Суть последних состоит в возможности установить (преобразовать) конкретное юридическое отношение посредством

односторонней сделки. В данном случае видно, что активная фаза как в случае покупки доли, так и в случае заключения договора на новый срок предусматривает возможность правообладателя преобразовать договор, заключенный между грантором и контрагентом посредством односторонней сделки (требование перевода прав и обязанностей).

По классификации Э. Зеккеля преимущественные права, в частности преимущественное право покупки, являются типом прав секундарных. Он говорит о них как о правах первичных³⁶, что спорно, на мой взгляд, поскольку, как мы выяснили ранее, секундарному праву на перевод прав и обязанностей предшествуют права обязательственные. Также Э. Зеккель видит в преимущественных правах отличительным признаком их влияние на обе правовые сферы, собственную и чужую³⁷. Данная гипотеза представляется верной, преимущественное/секундарное право преследует цель воздействия именно на две эти сферы, что реализуется с помощью перевода прав и обязанностей.

³³ Restat 3d of Prop: Servitudes, § 3.4.

³⁴ Определение ВС РФ от 19 марта 2020 г. N 302-ЭС19-17986.

³⁵ Например, п. 3 ст. 250 ГК.

³⁶ Зеккель Э. Указ соч.

³⁷ Там же.

В свою очередь, Л. Эннекцерус дает более развернутую классификацию секундарных прав (он их называет правами на установление или изменение права)³⁸. На мой взгляд, права на перевод прав и обязанностей по классификации Л. Эннекцеруса следует отнести к правам на изменение права, в частности к правомочиям на приобретение. Такое правомочие выражается в праве на приобретение какого-либо права посредством собственного действия или без такового. Перевод прав и обязанностей представляется именно правом на приобретение прав и обязанностей контрагента посредством собственного действия.

Следует сказать, что сам Л. Эннекцерус не приводит преимущественные права в пример ни для одного из секундарных прав³⁹. Представляется, что такое поведение автора можно считать подтверждением идеи, что обязательства, вытекающие из фазы ожидания, не являются секундарным правом, в отличие от прав активной фазы.

Следующим признаком данного секундарного права, по Э. Зеккелю, является потребляемость данного права⁴⁰. Это крайне важный признак активной фазы, поскольку секундарное право на перевод прав и обязанностей, то есть изменение субъектного состава договора по отчуждению объекта преимущественного права, является правомочием, строго очерченным рамками. Среди которых, во-первых, потребляемость этого права и, во-вторых, срочность.

Потребляемость секундарного права вытекает из догматического понимания категории секундарных прав. Э. Зеккель пишет, что секундарное право является правом целевым⁴¹. Достижение цели права, в нашем случае приобретение объекта преимущественного права, исчерпывает секундарное право.

В дополнение к догматическим границам секундарного права закон создает временные границы его использования. Например, это три месяца для приобретения доли (абз. 1 п. 4 ст. 21 ФЗ об ООО), один год для заключения договора концессии (абз. 1 п. 1 ст. 1035 ГК).

Таким образом, активная фаза заключается в наличии секундарного права, выраженного в требовании о замене субъектного состава в договоре, то есть в переводе прав и обязанностей контрагента на правообладателя. Это секундарное право всегда затрагивает как собственную сферу правообладателя, так и контрагента. Оно

существует в догматических (потребляемость) и законодательных (срок) границах.

Сформировав понимание о правах, заключенных в активной фазе, следует охарактеризовать стадии их развития. В частности, необходимо определить, являются ли секундарные права по переводу прав и обязанностей правами, находящимися в состоянии неопределенности или же правами ожидания⁴². В доктрине по этому вопросу есть противоположные точки зрения. Э. Зеккель считает,

что признак потребляемости секундарного права отделяет его от прав ожидания, поскольку реализация секундарного права прекращает существование этого права, а право ожидания продолжает существовать⁴³. Л. Эннекцерус же пишет о праве ожидания как о типе правомочий на приобретение (тип секундарных прав по Л. Эннекцерусу)⁴⁴.

На мой взгляд, следует отнести секундарное право к правам, находящимся в состоянии неопределенности, потому что, как было показано выше, наступление этого права напрямую зависит от исполнения обязательств, заключенных в фазе ожидания, то есть еще неизвестно, наступит ли оно

АКТИВНАЯ ФАЗА ЗАКЛЮЧАЕТСЯ В НАЛИЧИИ СЕКУНДАРНОГО ПРАВА, ВЫРАЖЕННОГО В ТРЕБОВАНИИ О ЗАМЕНЕ СУБЪЕКТНОГО СОСТАВА В ДОГОВОРЕ, ТО ЕСТЬ В ПЕРЕВОДЕ ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ КОНТРАГЕНТА НА ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ

³⁸ Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс Германского Гражданского права Полутом 1. 13 изд. пер. с нем. проф. Граве К.А., Полянской Г.Н., Альтшуллера В.А. под ред. Новицкого И.Б. и Генкина Д.М. М.: Издательство юридической литературы, 1949. С. 189. С 248.

³⁹ Там же.

⁴⁰ Зеккель Э. Указ. соч.

⁴¹ Там же.

⁴² Права ожидания не в смысле прав, заключенных в фазе ожидания, а стадии развития частных прав.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 248.

вообще. Состояние подвешенности и составляет главный признак прав, находящихся в состоянии неопределенности⁴⁵.

В свою очередь, права ожидания сами являются подготовительной ступенью к другому праву, которое развивается из них путем определенных предпосылок⁴⁶. Следовательно, необходимо придерживаться позиции Э. Зеккеля. В этом смысле нам следует признать правами ожидания именно обязательства/вещные права, заключенные в фазе ожидания.

Таким образом, юридическая конструкция преимущественных прав заключается в фазе ожидания, состоящей из обязательств или вещных прав; активной фазе, состоящей из секундарного права на вмешательство в чужую правовую сферу.

Sui generis

Исходя из вышеизложенного, следует квалифицировать преимущественное право как сумму двух (трех) обязательств/вещного права и секундарного права. Особого внимания заслуживает тот факт, что преимущественное право не существует без какой-либо фазы. Иными словами, мы не можем назвать преимущественным правом ни автономную фазу ожидания, ни активную фазу. Сходным образом на этот процесс смотрит и общее право. Оно говорит, что «A preemptive right ripens into an option when a bona fide purchaser appears⁴⁷». Иными словами, преимущественному праву необходимо созреть, иначе оно не будет этим правом.

Из этого вытекает сложность этой конструкции. До наступления активной фазы преимущественное право существует абстрактно, мы имеем лишь «виртуальное» преимущественное право, поскольку существование обязательств между грантором и правообладателем содержит в себе только возможность стать фундаментом для появления секундарных прав. Однако не факт, что эти обязательства будут нарушены и секундарное право возникнет.

При нарушении же обязательств и появлении секундарных прав на перевод прав и обязанностей, то есть при наступлении предпосылки для преобразования секундарного права, находящегося в

состоянии неопределенности, в ординарное право мы получаем фикцию того, что это секундарное право существовало всегда. Иными словами, участники правоотношения знали о наличии преимущественного права, в частности его секундарной составляющей, подразумевающей возможность перевода прав и обязанностей. Однако, чтобы преимущественному праву появиться, необходима реализация активной фазы, притом неизвестно, наступит она или нет. Если эта предпосылка не наступит, то появляется фикция того, что этого права никогда не существовало. Это и есть принцип действия прав, находящихся в состоянии неопределенности⁴⁸.

Данную характеристику преимущественного права можно описать культурологическим термином «симмулянность». В театре этот термин означает способ построения декораций, при котором на сцену выносят сразу весь реквизит, который будет использоваться постепенно, в зависимости от смены сцен, однако он всегда будет присутствовать перед зрителем.

Описанный выше характер действия преимущественного права также обладает этой «симмулянностью». Все участники оборота знают о наличии преимущественного права («реквизита данного правоотношения»), при этом непонятно, будет ли оно реализовано или нет. При нарушении обязательств (то есть появлении секундарной его части и при желании правообладателя воспользоваться этим правом, а следовательно, и преимущественным правом в целом) работает фикция о том, что это преимущественное право было всегда (хотя до этого существовала лишь его половина – обязательства/вещное право). Иными словами, начинает работать тот «реквизит правоотношения», о котором до этого все знали, но не было понятно, будет ли он использован или нет. Наиболее наглядно данное теоретическое описание выражено в законодательном регулировании договора концессии.

Согласно п. 2 ст. 1035 ГК между правообладателем (в терминологии договора концессии) и пользователем до заключения договора с другим лицом нет никаких предпосылок для реализации преимущественного права на заключение договора. Однако существует «виртуальное» преимущественное

⁴⁵ Там же. С. 276.

⁴⁶ Там же. С. 279.

⁴⁷ Alling v. C.D. Cairns Irrevocable Trusts Partnership, 927 F. Supp. 758, 764 (D. Vt. 1996).

⁴⁸ Эннексерус Л. Указ. соч. С. 276.

право, которое будет признаваться существовавшим в данный момент времени, если правообладатель в течение года заключит с другим лицом договор на тех же условиях.

Данная теоретическая характеристика преимущественного права будет необходима при решении вопроса о защите правообладателя и контрагента.

Таким образом, неверно относить преимущественное право или к обязательственным, или к вещным, или к секундарным правам. Преимущественное право состоит из двух фаз, двух слагаемых, которые отличаются друг от друга по своему юридическому характеру. Преимущественное право существует только при наличии сразу двух фаз (фазы ожидания и активной фазы), первая из которых может возникнуть только на основе каких-либо иных правоотношений (право собственности, обязательства, корпоративные отношения и т.д.), а вторая возникает только на основе первой. Таким образом, преимущественные права – это категория *sui generis*.

Жизненный цикл преимущественного права

Выше была описана конструкция преимущественного права в «препарированном» виде. Помимо этого, также следует рассмотреть, как преимущественное право живет.

Как было показано выше, преимущественное право «дремлет» до отчуждения его объекта третьему лицу. Иными словами, если отчуждатель доли продаст ее другому сосособственнику, преимущественное право «не пробудится» и не войдет в активную фазу.

Обратный сценарий развития событий состоится только при условии, если отчуждатель доли продаст ее третьему лицу, а правообладатель воспользуется своим преимущественным правом. После этого возникает описанный выше эффект «симмультианности», и суд переводит права и обязанности по договору отчуждения объекта преимущественного права на правообладателя. Таков обычный жизненный цикл преимущественного права. Фаза ожидания переходит в активную фазу, при желании правообладателя происходит перевод прав и обязанностей, после чего преимущественное право потребляется/умирает.

Однако что происходит с преимущественным правом, когда правообладатель при продаже объекта преимущественного права третьему лицу не пользу-

ФАЗА ОЖИДАНИЯ ПЕРЕХОДИТ В АКТИВНУЮ ФАЗУ, ПРИ ЖЕЛАНИИ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ ПРОИСХОДИТ ПЕРЕВОД ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ, ПОСЛЕ ЧЕГО ПРЕИМУЩЕСТВЕННОЕ ПРАВО ПОТРЕБЛЯЕТСЯ/УМИРАЕТ

ется им? Безусловно, были все основания для перехода фазы ожидания в активную фазу, тем не менее правообладатель им не воспользовался. Проводя аналогию с жизненными циклами, можно сказать, что в данном случае преимущественное право стало «мертворожденным», поскольку, несмотря на все предпосылки возможности его использования (то есть рождения), ведущего его к потреблению, правообладатель решил им не пользоваться. Иными словами, не возникло той «симмультианности», которая, на мой взгляд, является главным показателем сути преимущественного права.

Таким образом, мы приходим к выводу, что преимущественное право либо не рождается вовсе, либо имеет все предпосылки для рождения, но этого не происходит по воле правообладателя, либо рождается и, как следствие, потребляется.

Жизненный цикл преимущественного права (создание предпосылок – рождение – потребление) возникает и прекращается сугубо в конкретном правоотношении. Преимущественное право возникает и прекращается каждый раз, когда этому способствуют обстоятельства конкретного правоотношения. Условно, А продает долю в общей долевой собственности Б, однако с этой долей не переходит преимущественное право на покупку долей других сосособственников. Б лишь получает одну из предпосылок (право собственности на долю в общей долевой собственности) для возникновения преимущественного права у него на преимущественное приобретение долей других сосособственников.

Заключение

Подводя итог вышесказанному, следует резюмировать, что институт преимущественных прав состоит из фазы ожидания и активной фазы. Переход от фазы ожидания к активной фазе возможен только после возникновения определенного фактического состава, а именно отчуждения грантором объекта

преимущественного права третьему лицу без предложения его правообладателю.

Фаза ожидания может выражаться либо в обязательственных правах, либо в вещных. На данный момент российский правопорядок, в отличие от немецкого, позволяет заключать в фазу ожидания только обязательственные права. Активная же фаза всегда выражена только секундарным правом, которое реализуется посредством иска о переводе прав и обязанностей (преобразовательный иск).

Также необходимо понимать, что преимущественное право существует в определенных циклах, которые и позволяют реализовывать этот институт. Однако для осуществления преимущественного права необходим определенный фактический состав (появление третьего лица, отчуждение ему объекта преимущественного права, воля правообладателя на реализацию секундарного права). Без этих элементов преимущественное право не возникнет и, как следствие, не будет потреблено (т.е. реализовано).



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Белов В.А. Гражданское право в 4 т. Том IV в 2 кн. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы. Книга 2. Иные (не являющиеся обязательствами) гражданско-правовые формы + доп. Материал в ЭБС. 2-е изд. М.: Юрайт, 2020.
2. Белов В.А. Основы учения о преимущественных правах // Вестник МГУ. Серия Право. 2001. №6.
3. Бородин В.Г. Преимущественное право покупки в хозяйственных обществах: изменения в ГК РФ и корпоративный договор «Закон», N 7, июнь 2014 г.
4. Гребенкина И.А. Право преимущественной покупки чужой недвижимости как новое ограниченное вещное право для РФ: анализ вещных признаков и проблема «обязательственных элементов» // Актуальные проблемы российского права. 2013. N 2.
5. Зеккель Э. Секундарные права в гражданском праве // СПС «Консультант Плюс».
6. Карнушин В.Е. Секундарные права в гражданском праве Российской Федерации: общие вопросы теории, секундарные права в Гражданском кодексе РФ / Под ред. В.П. Камышанского. М.: Статут, 2016.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского.
8. Леонова Л.Ю. Преимущественное право покупки: история возникновения, осуществление и защита // СПС «Гарант».
9. Ломакин Д.В. Преимущественные права участников (членов) корпораций по гражданскому законодательству России // СПС «Гарант».
10. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. М.: Статут, 2020.
11. Сеницын С.А. Вещная природа преимущественных прав // СПС «Гарант».
12. Скловский К.И. Некоторые проблемы преимущественного права покупки / Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»).

13. Скловский К.И., Смирнова М.А. Институт преимущественной покупки в российском и зарубежном праве // СПС «Консультант Плюс».
14. Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017.
15. Чупрунов И.С. К вопросу о конструкции преимущественного права покупки доли (акции) // СПС «Консультант Плюс».
16. Эннексерус Л., Кипп Т, Вольф М. Курс Германского Гражданского права Полуттом 1. 13 изд пер. с нем. проф. Граве К.А, Полянской Г.Н, Альтшулера В.А. под ред. Новицкого И.Б. и Генкина Д.М. М.: Издательство юридической литературы, 1949.

Нормативно-правовые акты:

17. Restat 3d of Prop: Servitudes, § 3.4 // СПС «LexisNexis».
18. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) // СПС «Консультант Плюс».
19. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 08.07.2021) // СПС «Консультант Плюс».
20. «Гражданское уложение Германии» (ГГУ) от 18.08.1896 (ред. от 02.01.2002) (с изм. и доп. по 31.03.2013) // СПС «Консультант Плюс».
21. Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СПС «Консультант Плюс».

Судебная практика:

22. Alling v. C.D. Cairns Irrevocable Trusts Partnership, 927 F. Supp. 758, 764 (D. Vt. 1996). // СПС «LexisNexis».
23. Gray v. Stegner, 160 Fed. Appx. 32, 2005 U.S. App. LEXIS 27946 (2d Cir. Vt., Dec. 15, 2005) // СПС «LexisNexis».
24. Определение ВС РФ от 19 марта 2020 г. N 302-ЭС19-17986. // СПС «Консультант Плюс».
25. Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22 июня 2004 г. N 5-В04-68 // СПС «Консультант Плюс».



УДК 343.535



Езюков Виктор Константинович
(viktoreziukov@gmail.com)

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

Eziukov Viktor Konstantinovich

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

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ОТВЕТСТВЕННОСТИ АРБИТРАЖНОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО В НЕМЕЦКОМ И РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE BANKRUPTCY COMMISSIONER'S LIABILITY IN GERMAN AND RUSSIAN LAW

АННОТАЦИЯ: В данной статье проведен сравнительный анализ ответственности арбитражного управляющего в немецком и российском праве. Проанализировано применение принципов добросовестности, порядочности и осмотрительности в правоприменительной практике Германии и России. Сделан вывод об избыточной дискретности судебных решений по данному вопросу. Отмечены особенности ответственности арбитражного управляющего по текущим платежам в Германии. Проведено исследование судебной практики Германии и России по страхованию ответственности арбитражного управляющего. Рассмотрены особенности определения круга лиц, имеющих право подавать жалобу на действия арбитражного управляющего. По мнению автора, учитывая объективные факторы, необходимо реформировать именно правовое положение арбитражного управляющего, а не усиливать ответственность.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *ответственность, арбитражный управляющий, банкротство, немецкое право.*

ANNOTATION: This article provides a comparative analysis of the bankruptcy commissioner's liability in German and Russian law. The application of the principles of good faith, decency and discretion in the law enforcement practice of Germany and Russia is analyzed. The conclusion is made about the excessive discreteness of judicial decisions on this issue. The features of the liability of the bankruptcy commissioner for current payments in Germany are noted. A study of the judicial practice of Germany and Russia on insurance of the insolvency officer's liability was carried out. The features of determining the circle of persons who have to file a complaint against the actions of the bankruptcy commissioner are considered. According to the author, it is precisely the legal status of the bankruptcy commissioner that needs to be reformed, considering objective factors, and not to increase responsibility.

KEYWORDS: *liability, bankruptcy commissioner, bankruptcy, German law.*

Сейчас в научном сообществе России остро стоит вопрос об ответственности арбитражного управляющего в деле о банкротстве в связи с мнением о низкой эффективности деятельности арбитражных управляющих. Данная позиция основывается на низком уровне удовлетворенных требований кредиторов, например, за 2020 г. в среднем было удовлетворено только 4.4% требований кредиторов.

В то же время растет количество жалоб на арбитражных управляющих. Так, с 2015 по 2020 гг. их количество увеличилось с 3015 до 5044. Надо отметить, что процентное количество удовлетворенных жалоб снизилось с 25% до 19% в этот период¹.

Для повышения качества арбитражного управления в России необходимо исследовать правовое регулирование данного института в похожей правовой системе. В данном случае будет проанализирована

¹ Статистический бюллетень ЕФРСБ на 31 декабря 2020 г. URL: <https://cdk.ru/yMrBk> (дата обращения: 19.10.2021).

на ответственность арбитражных управляющих в Германии.

Вопросы ответственности арбитражных управляющих в Германии регулируются Положением о несостоятельности (Insolvenzordnung) (далее – Положение) 1995 года, вступившим в силу 1 января 1999 года.

В соответствии с п. 1 § 60 Положения о несостоятельности арбитражный управляющий несет ответственность перед участниками процедуры за виновное нарушение своих обязанностей. В своей работе он должен проявлять осмотрительность порядочного и добросовестного арбитражного управляющего².

Принципы осмотрительности, порядочности и добросовестности также присутствуют и в российском праве. Содержание данных категорий в России и Германии устанавливает судебная практика.

В чем состоит опасность установления данных категорий судом? В случае установления критериями ответственности субъективных категорий суды по-разному определяют как содержание, так и объем осмотрительности, добросовестности и порядочности. Отчетливо это видно и по российской, и по немецкой судебной практике.

В решении Федерального Верховного суда Германии от 12.03.2020 № IX ZR 125/17 указано, что на арбитражных управляющих не распространяются правила защиты делового решения (Business judgement rule). В данном деле арбитражный управляющий заключил соглашение о консультационных услугах с целью реализации активов должника. Истец же считает данную сумму неоправданной, так же как и способ реализации активов, и просит взыскать убытки с арбитражного управляющего. Суд соглашается с позицией истца и отмечает, что ситуация управляющего по делу о несостоятельности не настолько похожа на ситуацию члена правления акционерного общества, чтобы его ответственность за деловые решения требовала распространения правила бизнес-суждения на управляющего по делу о несостоятельности³.

Федеральный Верховный Суд Германии отмечает, что существенное различие в ответственности

**В ЧЕМ СОСТОИТ ОПАСНОСТЬ
УСТАНОВЛЕНИЯ ДАННЫХ
КАТЕГОРИЙ СУДОМ? В СЛУЧАЕ
УСТАНОВЛЕНИЯ КРИТЕРИЯМИ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ
СУБЪЕКТИВНЫХ КАТЕГОРИЙ
СУДЫ ПО-РАЗНОМУ ОПРЕДЕЛЯЮТ
КАК СОДЕРЖАНИЕ, ТАК
И ОБЪЕМ ОСМОТРИТЕЛЬНОСТИ,
ДОБРОСОВЕСТНОСТИ И
ПОРЯДОЧНОСТИ. ОТЧЕТЛИВО ЭТО
ВИДНО И ПО РОССИЙСКОЙ, И ПО
НЕМЕЦКОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ**

за деловые решения проистекает из интересов участников. Как управляющие по делам о несостоятельности, так и члены совета директоров акционерной корпорации принимают активное участие в корпоративном управлении на некоммерческой основе.

Однако этого внешнего преимущества недостаточно для передачи правовой концепции, лежащей в основе правила делового суждения, поскольку управляющий в деле о несостоятельности обладает особыми полномочиями действовать, по сравнению с членами совета директоров акционерной корпорации и другими менеджерами.

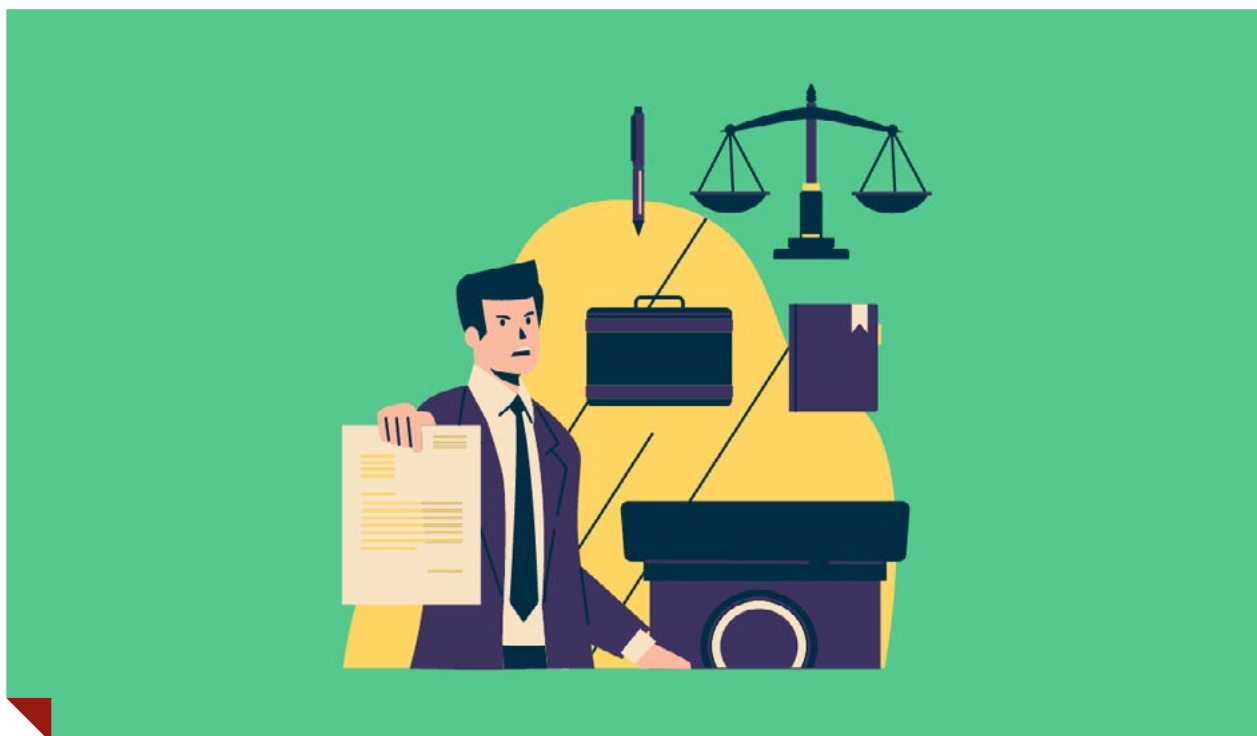
Управляющий активно выполняет свои личные обязанности в отношении большого количества юридических лиц самыми разными способами для достижения цели банкротства. Как правило, цель банкротства не позволяет пострадавшим защитить себя от таких рисков путем структурирования юридических сделок.

Данное решение очень корреспондирует с определением ВС РФ от 21.01.21 № 304-ЭС16-17267 (2, 3) по делу о несостоятельности ОАО «Бийский элеватор»⁴. В определении суд отмечает, что действия арбитражного управляющего по

² Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung (InsO)) от 5 октября 1994 г., опубликовано в: BGBl. I S. 2866, актуальная версия (на немецком языке) URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>. (дата обращения: 19.10.2021).

³ BGH vom 12.3.2020, NJW 2020, 1800 URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=12.03.2020&Aktenzeichen=IX%20ZR%20125%2F17> (дата обращения: 19.10.2021).

⁴ Определение Верховного суда РФ от 21.01.21 № 304-ЭС16-17267 (2, 3) по делу № А03-13510/2014 / СПС «Консультант Плюс».



сохранению договора ответственного хранения являются недобросовестными и что разумный управляющий заключил бы договор аренды или быстро реализовал бы имущество.

Специфика определения содержания такой категории, как добросовестность, в конкретном деле всегда должна зависеть от действий всех сторон правоотношения. Например, в данном деле суд, делая вывод о возможной недобросовестности арбитражного управляющего, должен был также оценить добросовестность кредитора-истца. По мнению суда: «Равным образом бездействие управляющего не может быть оправдано пассивным поведением кредиторов. На последних, в отличие от конкурсного управляющего, не лежит обязанность по установлению наиболее продуктивного способа распоряжения имуществом должника». Добросовестность кредитора как раз и заключается в его активном поведении в конкурсной процедуре. И именно активное поведение кредиторов повысило бы эффективность банкротных процедур.

Суд в деле отказывает арбитражному управляющему в защите делового решения, не учитывая множество факторов, влияющих на приня-

тие данного решения. Действия арбитражного управляющего необходимо оценивать исходя из требований Закона о банкротстве. Субъективные категории, применяемые судом, всегда будут нарушать принцип равенства всех перед законом и судом. Для решения данной проблемы собрание кредиторов должно активно проводить свою волю на арбитражного управляющего, но при этом беря на себя риски убыточности принятых решений.

Арбитражный управляющий обязан анализировать и предлагать кредиторам варианты решения возникающих проблем в ходе банкротства должника. Если кредиторы одобрили предложенный арбитражным управляющим вариант, то риски убыточности принятого решения ложатся на них. После этого арбитражный управляющий лишь реализует волю кредиторов.

Пункт 2 § 60 Положения о несостоятельности предусматривает также случаи ответственности сотрудников арбитражного управляющего. В этом, в частности, заключается отличие от ответственности по российскому праву, где индивидуальную ответственность за действия привлеченных специалистов несет арбитражный управляющий⁵.

⁵ Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung (InsO) от 5 октября 1994 г., опубликовано в BGBl. I S. 2866, актуальная версия (на немецком языке) URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>. (дата обращения: 19.10.2021).

В соответствии с § 61 Положения о несостоятельности арбитражный управляющий также несет ответственность за невыполнение обязательств, которые были приняты на себя должником в лице управляющего после возбуждения процедуры банкротства. В российском законодательстве отсутствует отдельная норма, закрепляющая ответственность арбитражного управляющего перед текущими кредиторами. Данная норма в немецком праве отчетливо показывает направленность немецкого законодателя к санации банкрота. Контрагенты на рынке осознают риск заключения сделок с банкротом и вероятность неисполнения обязательств, что сильно снижает шансы на восстановление предприятия в ходе санации. Возможность привлечения к ответственности арбитражного управляющего сильно повышает вероятность исполнения обязательств перед контрагентами.

Рассмотрим вопрос страхования ответственности арбитражных управляющих в России и Германии. Ассоциацией арбитражных управляющих Германии были разработаны принципы надлежащего управления банкротством, соблюдение которых является обязательным для всех членов Ассоциации. Среди данных принципов находится положение, предусматривающее тот факт, что арбитражный управляющий обязан приобрести страхование профессиональной ответственности, которое будет покрывать риски ведения процедуры банкротства. Минимальная сумма страхового покрытия должна составлять 2 млн евро за отдельный страховой случай, а также 4 млн евро общего лимита страхового покрытия за год⁶.

В России же страхование арбитражных управляющих является вмененным, т. е. является обязательным для осуществления деятельности арбитражных управляющих, но не обязательным для

заключения страховым компаниям. Это в свою очередь создает ситуации, где возможны массовые злоупотребления страховых компаний. Сейчас на рынке страхования арбитражных управляющих остались всего четыре аккредитованных компании⁷. Еще год назад их было 16. При этом надо отметить, что страховые премии за 2019 г. составили 999 527 тыс. рублей, а страховые выплаты – 366 391 тыс. руб, соотношение выплат и сборов – 36,66%⁸. Почему же страховые компании не желают страховать арбитражных управляющих? Дело в том, что из-за длительности дел о банкротстве, возможно привлечение к ответ-

ственности страховой компании после окончания договора страхования. Это вызвано прежде всего ужесточением судебной практики по отношению к арбитражным управляющим, а именно расширением содержания категории добросовестности.

Особенно важно проанализировать момент наступления страхового случая. В Германии требования об ответственности за ущерб, причиненный сознательным нарушением обязан-

ностей, исключаются из страхового покрытия, исходя из общих условий страхования материального ущерба при производстве по делу о несостоятельности (AVB-I). Важным фактом является бремя доказывания сознательного нарушения арбитражным управляющим. Оно возложено на страховую компанию. Высший земельный суд Кельна считает, что страховщик должен сначала представить факты, которые, по крайней мере, указывают на то, что страхователь осведомлен о нарушении обязанностей. В таком случае представление дополнительных доказательств не требуется, если речь идет о нарушении элементарных профессиональных обязанностей, знание которых, исходя из жизненного опыта, может при-

СУБЪЕКТИВНЫЕ КАТЕГОРИИ, ПРИМЕНЯЕМЫЕ СУДОМ, ВСЕГДА БУДУТ НАРУШАТЬ ПРИНЦИП РАВЕНСТВА ВСЕХ ПЕРЕД ЗАКОНОМ И СУДОМ

⁶ GOI – Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung URL: <https://www.vid.de/der-verband/qualitaetsstandards/goi/> (дата обращения: 10.11.2021).

⁷ Реестр аккредитованных организаций при ПАУ «ЦФО», НП «СТАУ», СОАУ «Меркурий» URL: <https://www.paucfo.ru/accred/> <http://www.npsgau.ru/infrastructure/strahovanie/> <http://soautpprf.ru/01.02/3.aspx> (дата обращения 11.11.2021).

⁸ Текущее состояние страхового рынка в Российской Федерации в сегменте вменного страхования – доклад ЦБ РФ, февраль 2021. URL: <https://www.cbr.ru/press/event/?id=9602> (дата обращения 11.11.2021).

⁹ OLG Cologne VersR 2012, 560 URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20K%20F6ln&Datum=28.09.2012&Aktenzeichen=20%20U%20107/12> (дата обращения 12.11.2021).

нять на себя каждый профессионал⁹. Федеральный Верховный суд Германии же дополняет позицию Высшего земельного суда Кельна: в случаях нарушения основных профессиональных обязательств ответственность за представление доказательств лежит на страховщике, который обязан предоставить факты, которые можно рассматривать как неопровержимые доказательства сознательного нарушения служебных обязанностей. Только после этого страхователь обязан в рамках своего вторичного бремени доказывания указать обстоятельства, по которым представленные доказательства не позволяют сделать вывод о сознательном нарушении своих обязанностей¹⁰.

Эта позиция сильно отличается от российской правоприменительной практики. Так, в п.32 обзора Верховного Суда РФ №1 от 2020 г. указано, что освобождение компании от выплаты страхового возмещения в пользу общества (выгодоприобретателя) в связи с умышленными действиями страхователя (арбитражного управляющего) противоречит и п. 1 ст. 963 ГК РФ, поскольку препятствует обществу как пострадавшему от таких действий лицу в возмещении убытков, на случай наступления которых осуществлено страхование¹¹.

По нашему мнению, более обоснованной является позиция российских судов. В случае отказа страховщика от выплат из-за умышленных действий страхователя в лице арбитражного управляющего теряется суть данного страхования как средства защиты кредиторов, должника от недобросовестных действий арбитражного управляющего. Также данная позиция является определенной и защищает стороны от излишней дискретности решения судов в деле о банкротстве. В Германии же сформированные позиции судов свидетельствуют о высоком риске как для арбитражного управляющего, так и для кредиторов и должников, несмотря на возложение основного бремени доказывания на страховщика.

Особо важно проанализировать круг лиц, обладающих возможностью подачи жалобы на арбитражного управляющего. В Германии данными полномочиями обладает исключительно суд и

кредиторы. Сам надзор осуществляется судом по делам о банкротстве (§ 58 Положения о несостоятельности). Если в ходе процедуры банкротства будет установлено ненадлежащее исполнение арбитражным управляющим своих обязанностей, суд может вынести в отношении арбитражного управляющего предупреждение, а затем наложить индивидуальный штраф в размере до 25 000 евро. В качестве крайней меры суд может отстранить арбитражного управляющего от исполнения обязанностей по собственной инициативе либо по заявлению собрания кредиторов или комитета кредиторов.

В России же существует проблема подачи жалоб неограниченным кругом лиц по широкому спектру поводов. Так, согласно ч.1 ст.28 КОАП РФ в данный спектр включаются как сообщения СМИ, так и сообщения любых физических или юридических лиц.

Это приводит к негативным последствиям: допускается преследование арбитражного управляющего лицом по инициативе незаинтересованных лиц либо преследование в отсутствие нарушения прав других субъектов в деле о банкротстве.

В определении ВС РФ от 30 сентября 2021 г. № 307-ЭС21-9176 суд дал право для контролирующих должника лиц оспаривать действия арбитражного управляющего и привлекать его к ответственности в виде убытков и отменил многочисленную судебную практику об отказе в принятии таких жалоб¹².

Данная проблема находится в тесной взаимосвязи с проблемой независимости арбитражного управляющего. Если арбитражный управляющий находится в зависимости от всех лиц, участвующих в деле о банкротстве, то можно ли назвать его независимым, так как он не находится под контролем отдельного лица? По нашему мнению, независимость будет отсутствовать, так как необходимо понимать суть института банкротства как института, где сочетаются разноплановые конфликтующие интересы кредиторов, должника, арбитражного управляющего, контролирующих должника лиц. Надо отметить, что зачастую отли-

¹⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2014 - IV ZR 90/13 URL: <https://openjur.de/u/754934.html> (дата обращения: 13.11.2021).

¹¹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2020) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.06.2020).

¹² Определение Верховного суда РФ от 30 сентября 2021 г. № 307-ЭС21-9176 / СПС «Консультант Плюс».

ПО НАШЕМУ МНЕНИЮ,
НЕЗАВИСИМОСТЬ БУДЕТ
ОТСУТСТВОВАТЬ, ТАК КАК
НЕОБХОДИМО ПОНИМАТЬ СУТЬ
ИНСТИТУТА БАНКРОТСТВА
КАК ИНСТИТУТА, ГДЕ
СОЧЕТАЮТСЯ РАЗНОПЛАНОВЫЕ
КОНФЛИКТУЮЩИЕ
ИНТЕРЕСЫ КРЕДИТОРОВ,
ДОЛЖНИКА, АРБИТРАЖНОГО
УПРАВЛЯЮЩЕГО,
КОНТРОЛИРУЮЩИХ
ДОЛЖНИКА ЛИЦ

чаются и вызывают конфликт даже интересы кредиторов в рамках одной очереди. Арбитражный управляющий не может действовать в интересах всех участников в деле о банкротстве. Следовательно, возможность оспаривания и обжалования действий арбитражного управляющего всеми субъектами в банкротстве ведет к тому, что основная деятельность арбитражного управляющего заключается не в эффективном управлении и

реализации конкурсной массы, а в защите от действий иных субъектов. Необходимо либо ограничить возможность подачи жалоб для отдельных лиц, либо увеличить роль суда, который самостоятельно осуществляет надзор за деятельностью арбитражных управляющих, что осуществлено в немецком праве.

Можно сделать общий вывод о необходимости реформирования российского законодательства, но необходимо отметить, что опыт любого иностранного законодательства строится на иных социально-экономических условиях и реформа законодательства должна учитывать российские реалии и объективные прежде всего экономические факторы, стимулирующие деятельность арбитражного управляющего. Правовое регулирование арбитражного управляющего на современном этапе российского права носит карательный характер и показывает свою неэффективность. При этом с каждым годом условия деятельности арбитражных управляющих ухудшаются. Но любые, даже самые жесткие нормы ответственности никогда не будут приводить к нужному результату. Результат данной правоприменительной и законодательной политики — это создание кризиса в банкротстве, особенно в сфере страхования ответственности арбитражных управляющих.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung (InsO) от 5 октября 1994 г., опубликовано в BGBl. I S. 2866, актуальная версия (на немецком языке) URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>. (дата обращения: 19.10.2021).
2. BGH vom 12.3.2020, NJW 2020, 1800, URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=12.03.2020&Aktenzeichen=IX%20ZR%20125%2F17> (дата обращения: 19.10.2021).
3. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2020) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10.06.2020).
4. Определение Верховного суда РФ от 21.01.21 № 304-ЭС16-17267 (2, 3) по делу № А03-13510/2014 / СПС «Консультант Плюс».
5. Определение Верховного суда РФ от 30 сентября 2021 г. № 307-ЭС21-9176 / СПС «Консультант Плюс».
6. OLG Cologne VersR 2012, 560 URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20K%F6ln&Datum=28.09.2012&Aktenzeichen=20%20U%20107/12> (дата обращения 12.11.2021).
7. BGH, Urteil vom 17.12.2014 - IV ZR 90/13 URL: <https://openjur.de/u/754934.html> (дата обращения: 13.11.2021).
8. Текущее состояние страхового рынка в Российской Федерации в сегменте вменного страхования – доклад ЦБ РФ, февраль 2021. URL: <https://www.cbr.ru/press/event/?id=9602> (дата обращения 11.11.2021).
9. Статистический бюллетень ЕФРСБ на 31 декабря 2020 г. URL: <https://clck.ru/YMrBk> (дата обращения: 19.10.2021).
10. Реестр аккредитованных организаций при ПАУ «ЦФО», НП «СГАУ», СОАУ «Меркурий» URL: <https://www.paucfo.ru/accred/> <http://www.nps-gau.ru/infrastructure/strahovanie/> <http://soautpprf.ru/01.02/3.aspx> (дата обращения 11.11.2021).



УДК 340.12



Киктенко Константин Геннадьевич
(konstantin_kiktenko@mail.ru)

Магистрант 2 курса РШЧП

Kiktenko Konstantin

2nd year Master's student of RSHP

УКРОЩАЯ ЛЕВИАФАНА? РЕЦЕНЗИЯ НА ДВЕ СВЯЗАННЫЕ РАБОТЫ RALF MICHAELS И NILS JANSEN: «PRIVATE LAW AND THE STATE: COMPARATIVE PERCEPTIONS AND HISTORICAL OBSERVATIONS» И «PRIVATE LAW BEYOND THE STATE? EUROPEANIZATION, GLOBALIZATION, PRIVATIZATION»

TAMING THE LEVIATHAN? REVIEW OF TWO RELATED WORKS: RALF MICHAELS И NILS JANSEN: «PRIVATE LAW AND THE STATE: COMPARATIVE PERCEPTIONS AND HISTORICAL OBSERVATIONS» AND «PRIVATE LAW BEYOND THE STATE? EUROPEANIZATION, GLOBALIZATION, PRIVATIZATION»

АННОТАЦИЯ: В настоящей статье предпринята попытка критического анализа двух взаимосвязанных работ Ralf Michaels и Nils Jansen, в рамках которых авторы рассуждают о возможности существования права вне государства. Автор данной рецензии критикует авторов за однобокое изложение работы, фактические ошибки, уход от обсуждения наиболее острых, первичных вопросов темы. Автор раскрывает своё видение темы, привлекая аргументы из сферы экономики, политики и права.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: международное частное право, сравнительное право, право вне государства, критика, политика права.

ANNOTATION: This article attempts to critically analyze two interrelated works by Ralf Michaels and Nils Jansen, in which the authors argue about the possibility of the existence of law outside the state. The author criticizes the authors for the one-sided presentation of the work, factual errors, avoiding discussion of the most acute, primary issues of the topic. The author of this review reveals his vision of the topic, drawing arguments from the fields of economics, politics and law.

KEYWORDS: private international law, comparative law, law outside the state, criticism, politics of law.

Abstractum pro concreto

П риступая к рецензии по двум «равновеликим» статьям, я не знал, о чём будет уместнее сказать. С одной стороны, имеется достаточно большое желание раскритиковать авторов за однобокость изложения. На протяжении двух статей авторы противопоставляют свободное общество, индивиду контролю и подавлению свободы государством. То есть, по мнению авторов, выступать в роли антагониста, душителя свобод может лишь Левиафан, но не корпорации, контролирующие людей не хуже любого государства, или другие структуры, воспроизводящие архетип государства вроде партии или церкви. С другой стороны, есть желание показать своё видение предмета, указать на проблемы, которые не затронуты авторами текста. Попробуем объединить эти два устремления в рамках одного текста.

Итак, начать критику необходимо с фактологии. На мой взгляд, авторы несколько недоговаривают о влиянии государства на common law в своей первой статье «Частное право и государство: сравнительное понимание и исторические наблюдения», идеализируя его независимость. На самом же деле этимология слова говорит обратное: common law (общее, а не обычное, как его зачастую именуют) противоп-

ставлялось партикулярному праву англосакских народов, именно поэтому оно и носит характер общего для всех права¹. Правовой партикуляризм преодолевается централизацией, которую осуществили судьи, чья власть была октроированной монархом. Вспоминая «Два тела короля» Канторовича, можно сделать вывод, что common law всё же является во многом правом от государства. Тот, кто скажет, что это было лишь на ранних этапах жизни бриттов, тот, скорее, слухавит. Говорить об автономии английского судейского сообщества нельзя, поскольку вплоть до 2009 года высшей судебной инстанцией была апелляционная палата лордов, а лорды назначались и назначаются в парламент короной, поскольку титул лорда даруется монархом. И именно они, лорды, определяли не только статутное, но и прецедентное право, поскольку прецеденты не рождаются в судах низших инстанций. Сегодня это положение не сильно изменилось, назначение в Верховный суд производится короной по рекомендации премьер-министра, при этом возможно назначение и без рекомендации премьер-министра². Поэтому сотворение права пусть не напрямую, но опосредованно происходит государством, а не «независимым сообществом юристов» везде, даже в Англии.

Второе, что необходимо отметить: авторы, ссылаясь на свободу договора и автономию воли, откидывают в сторону довольно важную деталь, а именно то, что свобода в частном праве была строго ограничена сословными рамками, которые устанавливало государство. Поэтому говорить о том, что частные отношения существовали вне государства, можно весьма условно, ведь свободы у людей в частном праве было ровно столько, сколько им даровал Левиафан.

**ГОВОРИТЬ ОБ АВТОНОМИИ
АНГЛИЙСКОГО
СУДЕЙСКОГО СООБЩЕСТВА
НЕЛЬЗЯ, ПОСКОЛЬКУ
ВПЛОТЬ ДО
2009 ГОДА ВЫСШЕЙ
СУДЕБНОЙ ИНСТАНЦИЕЙ
БЫЛА АПЕЛЛЯЦИОННАЯ
ПАЛАТА ЛОРДОВ,
А ЛОРДЫ НАЗНАЧАЛИСЬ
И НАЗНАЧАЮТСЯ
В ПАРЛАМЕНТ КОРОНОЙ,
ПОСКОЛЬКУ ТИТУЛ ЛОРДА
ДАРУЕТСЯ МОНАРХОМ**

Не мог раб или крестьянин заделаться в купцы и совершать торговые сделки, преисполнившись свободой, поскольку за нарушение сословных ограничений ему грозило наказание вплоть до смертной казни. Но и в той части, в которой лица могли иметь свободу, они всё же контролировались государством ex ante через систему репрессивных органов по типу полиции и ex post через суд. В любом случае, если мы не говорим о неправовых сообществах, например, воров, то мы видим замкнутый круг обращения лиц к

государству или обращения государства к лицам. Вполне можно сказать, что присутствие государства в жизни человека усиливалось с течением времени ввиду научно-технического прогресса. Если раньше рядовой крестьянин за всю жизнь вряд ли бы увидел короля, то сегодня Большой брат глядит на него повсюду. Если раньше не было физической возможности присутствовать везде и реакция была затяжной (бунт произошёл, а королевская гвардия только через месяц достигла окраины страны), то сегодня из-за вездесущих камер видеонаблюдения, высокоскоростных

средств связи мы имеем всеобщее присутствие государства. Поэтому я вряд ли могу согласиться с тезисом авторов, что государство нынешнего типа появилось лишь в XX-м веке как новое явление. Нет, государство всегда, как учил нас В.И. Ленин, являлось и остаётся инструментом господства одного класса над другими, а потому стремится к тотальному контролю и подавлению всех угнетённых классов. Меняются лишь методы контроля, рамки, барьеры, инструментарий на более изящные. Поэтому, как верно отмечено авторами, государство сегодня вмешивается в сферу частного права через «публичный интерес

¹ Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. Пособие. – М.: Дело, 2000. С. 95-97.

² P.23 Part 3, Constitutional Reform Act 2005.



и распределительные соображения». Нас в основном убеждают, но как только дело доходит до несогласия общества с действиями государства, государство показывает «звериный оскал капитализма», указывая гражданам на границы их свободы, и поливает протестующих водой из водомёта, как жёлтых жилетов в Париже, или вовсе расстреливает, как безоружных студентов Кентского университета в США.

Авторы на протяжении двух статей чётко противопоставляют государство частным лицам. Но это довольно неловкий софизм, поскольку государство не безликая субстанция, за которой стоит нечто трансцендентное. Государство – это всегда конкретные люди, принимающие то или иное решение. Решения же этими людьми принимаются в основе своей из экономических со-

**МЕНЯЮТСЯ ЛИШЬ
МЕТОДЫ КОНТРОЛЯ,
РАМКИ, БАРЬЕРЫ,
ИНСТРУМЕНТАРИЙ
НА БОЛЕЕ ИЗЯЩНЫЕ.
ПОЭТОМУ, КАК ВЕРНО
ОТМЕЧЕНО АВТОРАМИ,
ГОСУДАРСТВО СЕГОДНЯ
ВМЕШИВАЕТСЯ В СФЕРУ
ЧАСТНОГО ПРАВА ЧЕРЕЗ
«ПУБЛИЧНЫЙ ИНТЕРЕС
И РАСПРЕДЕЛИТЕЛЬНЫЕ
СООБРАЖЕНИЯ»**

ображений. Стимулируют принятие «правильных» решений лоббистские группы, хозяева крупного капитала³. Поэтому государство выступает лишь посредником реализации тех или иных решений группы капиталистов или одного из них. Что касается государственного капитализма, то он, как и корпоративный капитализм, по сути, является аверсом и реверсом одной монеты. Все разговоры о том, что, может быть, какое-то негосударственное объединение, нормам которого будут подчиняться даже без

угрозы обращения за помощью к Левиафану, не больше чем жонглирование терминами. Любые структуры такого рода рано или поздно превращаются в государство. Возьмём, например, ФИФА, которая, так же как и любое государство

³ Власть крупного капитала / Институт мировой экономики и международных отношений; Отв. ред. Е.С. Хесин, В.Н. Шенаев, Ю.И. Юданов. – М.: Мысль, 1987.

обросло чиновничьим аппаратом, несчётным числом документов и положений, создала свой механизм исполнения своих решений и прочее. Единственное, что отличает такие корпорации – это экстерриториальность и отсутствие вооружённых сил, да этого и не требуется, если мы говорим о частном праве. И такая участь у любой организованной структуры, все они рано или поздно превращаются в какое-то подобие государства с теми или иными изъятиями.

Michaels и Jansen, по-видимому, идеалисты, потому что считают, что частное право меняется само собой, без участия государства (видимо, путём движения идеи/духа): «Частное право изменилось в своем содержании весьма существенно (хотя о степени этих изменений есть споры), однако эти изменения являлись реакцией на изменившиеся социальные условия, а не результатом прямого вмешательства или усилий государства». Но исторический опыт показывает, что даже своды обычного права, такие как Законы XII таблиц, составлялись государственными чиновниками (децемвирами – бывшими консулами). Далее

именно государство, обычно в лице монаршей особы, призывало к развитию или изменению частного права, что видно на примере различных кодификаций. Авторы, увы, не приводят примеров самостоятельного развития права как вещи в себе. Конечно, можно сказать, что практика, торговля, оборот создают новые способы экономического взаимодействия, например, лизинг, факторинг, деривативы и так далее. Но практика не создаёт правового регулирования, не очерчивает границу, до которой может пойти экономическая деятельность. Именно здесь своё слово говорит государство как выразитель публичного интереса.

Авторы пишут, что «государство не имеет никаких легитимных правительственных интересов в сфере частного права». Но это ошибочное

суждение ввиду следующих причин. Во-первых, государство устанавливает в основе своей диспозитивные нормы частного права, от которых стороны вправе уйти по своему усмотрению. Что же касается императивных требований в частном праве, то они в основе своей имеют не только патерналистский характер вроде норм о защите прав потребителей. Императивные нормы носят и публичный характер вроде норм о ничтожных сделках, ведь если не будет никаких ограничений, якобы навязанных государством, то мы вскоре увидим возврат норм о купле-продаже должников или нормы о залоге почки. Такая

«свобода» частного права прямо вторгается в вотчину государства – конституционное право, в котором формулируются правовые основы того или иного общества. Во-вторых, современное государство западного образца, будь то США, Германия или Россия, имеют порядка 45-60% участия в экономике. Только если в США это делается с юридической точки зрения элегантно, через участие в уставных капиталах частных корпораций, кредитный и иной контроль, то в России всё делается напропалую: создаётся

**MICHAELS И JANSEN,
ПО-ВИДИМОМУ,
ИДЕАЛИСТЫ,
ПОТОМУ ЧТО СЧИТАЮТ,
ЧТО ЧАСТНОЕ ПРАВО
МЕНЯЕТСЯ САМО
СОБОЙ, БЕЗ УЧАСТИЯ
ГОСУДАРСТВА (ВИДИМО,
ПУТЁМ ДВИЖЕНИЯ
ИДЕИ/ДУХА)**

государственное унитарное предприятие или государственная корпорация. Такое преобладание государства в экономике прямо вытекает из политики государственного патернализма. Государству необходимо участвовать в экономической деятельности в первую очередь потому, что государству требуется наполнять бюджет и иными средствами, помимо налогообложения. Поскольку если государство оставит источником доходов только налоги, то либо налоговое бремя придётся повысить соразмерно недостающим поступлениям, либо государство будет вынуждено объявить свою несостоятельность по большинству социальных трансфертов. Как только произойдёт отказ государства от выплат стипендий, пенсий, пособий, субсидий и других мер поддержки, произойдёт Гаити. Гаити как рай

либеральной мысли – единственная в мире страна, где государство вовсе не вмешивается в экономическую деятельность. Как результат – больше 60% населения Гаити живёт за чертой бедности, а сама страна – беднейшая страна мира⁴. При этом журнал Форбс отмечает, что это одна из самых свободных рыночных стран мира⁵. Разумеется, ведь «отношение государственных доходов к ВВП здесь всего 18% – 163 место в мире, а социальные расходы бюджета не превышают 5% ВВП. Это в 6 раз меньше, чем, например, во Франции» – отмечает экономист О.О. Комолов⁶. Поэтому базовая регуляция частного права и участие государства в экономической деятельности продиктовано не давлением государства на свободу индивида, а защитой социальной сферы.

Пример с Всемирным банком у авторов показывает не давление глобальной организации на внутригосударственное частное право, а пример действия капитала. Основные кредиторы Всемирного Банка – страны англосаксонской правовой семьи, а потому они и сделали условием выдачи денег игру по своему праву (правилам). Не нужно искать в этом эффективность и прочие критерии, нужно видеть экономическую основу для принятия таких решений. Вместо рассмотрения вопроса по существу авторы статьи пытаются нам сказать, что «сильные государства» навязывают свою экстерриториальность сторонам. Что значит «сильные государства»? Говоря по Валлерстайну – это страны экономического центра, осуществляющие экспансию капитала вовне, а для этого сегодня используется в основном не огонь и меч, а экономика и право. Авторы либо довольно наивны, либо пишут агитационную литературу, так как утверждают (хоть и в сноске), что «глобализация может также укрепить малые государства,

поскольку она позволяет им получать непропорциональные доходы от прибыльного транснационального бизнеса, такого как банковское дело и регистрация офшорных корпораций». На человека, впервые слышащего про офшорные зоны, – это, может, и возымело бы влияние, но юристы знают, что почти все офшорные зоны подчинены Великобритании и нескольким другим странам экономического центра в виде зависимых территорий. Никто не позволит сделать офшор в Лесото или Джибути, да и не могут все государства-пигмеи превратиться в островки радости по типу Швейцарии или Кипра, не нужно их столько.

Дальше идёт опус про ценности частного права, важность демократического принятия правил поведения и легитимность действующего права. На самом деле это очередное жонглёрство громкими словами. На самом деле мы знаем, что демократические процедуры капиталистического общества – это всего лишь инструмент легитимации решений, которые уже были приняты. Принимаются они в ходе ожесточённой борьбы различных групп капиталистов, что проявляется и в рейдерских захватах, теневых поправках в законодательство и т.п. Далее вступает в силу джерримендеринг в США или избирательные

**НИКТО НЕ ПОЗВОЛИТ
СДЕЛАТЬ ОФШОР
В ЛЕСОТО ИЛИ
ДЖИБУТИ,
ДА И НЕ МОГУТ ВСЕ
ГОСУДАРСТВА-ПИГМЕИ
ПРЕВРАТИТЬСЯ
В ОСТРОВКИ РАДОСТИ
ПО ТИПУ ШВЕЙЦАРИИ
ИЛИ КИПРА,
НЕ НУЖНО ИХ СТОЛЬКО**

карусели в России. Частное право капиталистического общества (особенно учитывая дух римского права, который никуда не делся) имеет весьма несоциальный характер. Именно поэтому большинству и не может нравиться общественный уклад, который построен по эффекту Матфея⁷. Так что трудно сказать, что могут быть какие-то человеколюбивые ценности у частного права. Достаточно привести пример, что современный гражданский кодекс Италии был написан во времена итальянского фашизма (1942), а ныне он действует в том же виде за исключени-

⁴ По данным ЦРУ США: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/haiti/#economy>

⁵ <https://www.forbes.com/places/haiti/?sh=12fa21fcdbb1>

⁶ Скрипт выступления кандидата экономических наук, старшего научного сотрудника Института экономики РАН О.О. Комолова в программе «Простые числа»: <https://clck.ru/Z4xqz>

⁷ Merton, Robert K. (1968). The Matthew Effect in Science. Science 159 (3810), 56–63.

ем того, что были удалены ссылки на расистские положения и корпоративные нормы⁸. Получается, такой кодекс с теми же правами и свободами частного капитала одинаково применим к любому политическому режиму. Почему так? Потому что могут меняться лишь формы эксплуатации, но содержание остаётся тем же. И потому свобода подлинная, свобода настоящая в частном праве есть только у тех, кто не продаёт свой труд, но покупает труд других. Перефразируя Паскаля: «Автономия воли каждого простирается настолько далеко, насколько велик его капитал». Поэтому говорить об автономии воли для каждого в капиталистическом мире весьма сложно. Таким образом, авторы, как и большинство юристов, страдают в крайней степени юридическим формализмом, который ещё Иеринг называл главным врагом юриспруденции.

В таком случае каков ответ на главный вопрос, поставленный авторами: может ли право существовать вне государства? Право вне государства существовать может, однако это что-то вроде римского *jus gentium* или естественного права: неразвита, упрощённая система, условно сводимая к римским *Do ut des; Do ut facias; Facio ut des; Facio ut facias*. Если мы говорим

о праве как о сложной системе, то оно мыслимо только внутри организованных сообществ, которые рано или поздно воспроизводят архетип государства. Поскольку только организованное общество способно на развитие и решение больших задач, мы откидываем варианты о примитивной самоорганизации людей в условиях анархии. Откидываем, поскольку спор между Марксом и Бакуниным выиграл первый, что показывает вся история XX-го века. Поэтому я соглашусь с авторами относительно того, что право может развиваться вне государства именно в значении права как доктрины, дисциплины (что мы и видим, например, в российском бан-

кротном праве – полная катастрофа практики при блестящей накопленной теории), но не правовой системы. С какой бы точки зрения мы ни подошли к праву (право как воля, как совокупность норм, как свобода и т.д.), каждый раз мы будем приходить к единому знаменателю – государству. Лишь отсутствие государства, как его понимал В.И. Ленин в своей работе «Государство и революция», т.е. как отсутствие насилия господствующего класса, способно дать чистое право. Этим чистым правом является обычное и писаное право, нерегулируемое государством или подобной государству структурой. И если в эпоху т.н. первобытного коммунизма это право

зачастую вырождалось в право сильного ввиду отсутствия и человеческой культуры, и должного уровня самоорганизации, то при дальнейшем развитии общества можно надеяться на появление действительно иной правовой системы, свободной от принуждения и насилия со стороны государства.

В завершение своей рецензии скажу, что статьи, несмотря на мою критику в их сторону, показались весьма интересными. Возможно, что при прочтении всего материала, изложенного в сносках, я

поменяю своё мнение, но на сегодняшний день оно таково. В целом, данная тема требует раскрытия не только на примере двух столь разных правопорядков, как США и Германия (что, конечно, обусловлено происхождением авторов), но и на примере стран из одних правовых семей, поскольку судьбы права в рамках одной континентальной правовой семьи складывались весьма диаметрально, если посмотреть на право Франции и России, например. В остальном же эта статья может заинтересовать буржуазных юристов новой темой «права вне государства», которая станет отличной темой для дискуссий новых поколений цивилистов.

ЕСЛИ МЫ ГОВОРИМ
О ПРАВЕ КАК
О СЛОЖНОЙ СИСТЕМЕ,
ТО ОНО МЫСЛИМО
ТОЛЬКО ВНУТРИ
ОРГАНИЗОВАННЫХ
СООБЩЕСТВ, КОТОРЫЕ
РАНО ИЛИ ПОЗДНО
ВОСПРОИЗВОДЯТ
АРХЕТИП
ГОСУДАРСТВА

⁸ Имеются в виду к.н. корпоративного государства, а не корпораций по смыслу гражданского права.

A portrait of a middle-aged man with thinning hair, wearing a blue cable-knit sweater over a light-colored collared shirt. He is sitting outdoors, leaning back on a wooden chair with a black armrest, resting his chin on his right hand. The background is a blurred green landscape.

БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ
С АНДРЕЕМ
ВЛАДИМИРОВИЧЕМ
ЕГОРОВЫМ

кандидатом юридических наук,
профессором НИУ ВШЭ



Беседовал
К. Киктенко

► **Вы говорили однажды, что в детстве хотели стать следователем, преступников ловить, почему тогда поступали в МГУ, а не в Университет МВД? Легче было бы попасть в структуры.**

◀ Я не такой прагматичный, судя по всему. Это же идеалистичный был взгляд на мир и на жизнь, во-первых. А во-вторых, я же поступал – не помню, в том интервью говорил или нет, – с таким определенным понижением, то есть я-то вообще метился в МГИМО, и цель моя, видимо, где-то посередине была между следователем и разведкой на самом деле, судя по всему. Можно сказать: «Что ты тогда не поступал в академию ФСБ?», условно. Так там были причины какие-то, но не это главное, я что-то целился в МГИМО, я сейчас уже даже не помню: то ли Юлиана Семёнова начитался, про Штирлица, то ли ещё что-то, не помню, правда. Но поступал туда, вернее, готовился, я ходил туда на курсы, учился. Мы с приятелем вместе шли, я помню, от метро «Проспект Вернадского» и распевали песню «Мальчики-мажоры», тогда как раз только ДДТ стала известной, то есть мы только раздобыли, всё на кассетах это было и так далее. До сих пор я когда её слышу, иногда делаю запись и ему посылаю: «Помнишь?», а он говорит: «Да, конечно, всё нормально». А потом уже я в какой-то момент переметнулся. Я пришёл на день открытых дверей МГУ, и мне понравился дух, который был на этой встрече, и всё-таки здравый смысл взял верх, я решил попробовать поступать именно в МГУ. А тогда нельзя было в несколько вузов поступать, надо было выбирать, поэтому я в итоге выбрал МГУ, понял, что это более широкий такой профиль, не только узкий международный. Но зато язык мне в МГИМО поставили более-менее, на подготовительных курсах, что, собственно, мне в МГУ очень сильно помогало потом во время учёбы.

► **Вы в МГИМО подтягивали немецкий?**

◀ Ну как подтягивал, там на курсах подготовки к поступлению в МГИМО был очень мощный язык,

очень прям, видимо, по нему там и валили. В основном он. А история была такая, что там в принципе правильные вещи учительница рассказывала, но на меня в МГУ на экзамене очень странно смотрели, когда я стал по выученным конспектам от преподавательницы МГИМО отвечать. Не понимали, откуда я это взял. «Как переселялись славяне?» – был вопрос. Я вот сейчас, уже спустя 20 лет после окончания, иногда слышу, кто как двигался, и это совпадает с тем, что она рассказывала. Но это отличалось от того, что в традиционных учебниках обычно писали. Мне попался первый вопрос, я помню там сидел такой преподаватель-гроза, он всех вышибал, как вышибала такой с истфака, и с ним девочка-аспирантка, и они так слушают меня, а он потом отвлекся на что-то, и я у неё спрашиваю: «Что, я совсем не туда что ли?», она так скривилась в ответ: «Ну, вообще-то не очень», но он приходит: «Ладно, давай следующий вопрос». Это я к тому, что для каждого вуза нужна своя подготовка, поэтому, конечно, я рисковал, когда после подготовки к МГИМО пошел в МГУ. В МГУ меня подловили при поступлении на знании ТГП. Какой-то вопрос про теорию правоотношений, четвёрку поставили, четвёрка была по сочинению, если бы по истории была четвёрка, я бы ушел в армию. Денег на платное обучение у меня не было. По истории должны были меня тоже выносить, но в итоге поставили пятерку, поэтому я поступил – такая вот была интересная история. А так я не жалел ни разу, что отвела меня судьба от МГИМО, нечего мне там делать совершенно. Но на первом курсе МГУ всё было непонятно, то есть я определялся потихонечку, куда я пойду. Понятно, что это гражданское право, просто самые мощные преподаватели, и я поддался этому делу, мейнстриму. Но не только мейнстрим, уголовное мне тоже нравилось, у нас читал Борзенков, а семинары вела Пашковская, они крутые были, и уголовка хороша была, реально хороша. Но выбрал в итоге гражданку и всё.

► **Вы закончили РШЧП в 2000-м году, а уже через 2 года Вы вернулись в Школу преподавателем, почему Вы не пошли преподавать в МГУ?**

◀ Хороший вопрос. МГУ казался как-то... не знаю, не знаю. Во-первых, у меня там аспирантура была как раз, я в 2002 только защищал кандидатскую, а в РШЧП в первом году я не преподавал,

а может быть, сразу после защиты кандидатской я пошёл, в МГУ особо никто не звал.

► **А в РШЧП позвали?**

◀ В РШЧП – да, уже не помню кто, по-моему, Юрий Андреевич Агешин, скорее всего. В тот момент я не общался ни с Маковским, ни с кем, поэтому меня особо никто не знал, по-моему, Юрий Андреевич Агешин, почему – не знаю, но я могу ошибаться. Ещё там был Александр Фёдорович Кузьменко, вот он тоже мог какую-то роль сыграть. Я сейчас не помню, они набирали. Причем эта тема была «Посредничество», это, собственно, моя кандидатская диссертация, и я потом её пошел обкатывать с начала, потом уже, через несколько лет, добавился курса по сделкам. Вообще я перечитал в РШЧП все курсы, какие только можно: и «Банкротство», и «Обеспечение обязательств» читал. Причем я параллельно и в Шанинке тоже много работал по вечерам. Я очень не хотел одно и то же брать, потому что меня тогда уже начало мутить от повторений бесконечных, поэтому если в РШЧП я читал «Посредничество», то в Шанинке я брал «Банкротство», потом в Шанинке С.В. Сарбаш прекратил читать, и я взял его тему «Обеспечение обязательств», потом ещё общая часть «Обязательственного права», то есть я все перечитал, в РШЧП потом «Теория сделок» пошла, потом в Шанинке. Такие накатанные курсы, многолетние.

► **Каково было Вам вернуться в стены школы уже в качестве преподавателя? Что Вы изменили как преподаватель в образовательном процессе по сравнению с эпохой школы до нулевых?**

◀ Не думаю, что я что-то изменил. Я такой классический преподаватель, как меня учили, так и я: на лекции чисто общение и все. Никаких особых западных систем до сих пор даже я не ввел в пре-

подавание, может быть, это и надо делать, но пока я этого не сделал. Западной я называю систему, когда к лекции все готовятся и лектор не начитывает материал, а разбирает задачи или казусы. Я так не делал. Как и мои учителя, приходил, начинал материал. Просто различие между мной и студентами заключалось в том, что они, как правило, не читали на немецком, а я, соответственно, основную информацию черпал из германского права, поэтому это им было в новинку, условно говоря, как и сейчас большинству, мало кто такое слышал. Собственно, вот и вся эта история. Конечно, я тогда, когда курсы

готовил, прочитал разные дореволюционные книги, которые накерсил активно во время обучения в аспирантуре. Колер, Дювернуа, Дербург, про сделки, про волеизъявление и прочее. А так – нет, ничего я особо не привнес, разбирались с ними потихонечку. Они меня тренировали, так скажем, по некоторым аспектам, таким, которые до сих пор у многих вызывают вопросы. Тем более что особенно в первые годы разница была между мной и ними – я в 2000 закончил, они в 2003 – ну что там, три года, там некоторые старше меня были. Условно, В.В. Бациев у меня учился,

он же меня старше. Поэтому приходилось в некоторых баталиях участвовать на равных. Но это хорошо, тогда меня научило, какое может быть коллективное заблуждение, когда вся группа заводится. Я хорошо помню одну дискуссию в РШЧП и одну дискуссию в Шанинке. В Шанинке мы обсуждали совершенно сейчас очевидный и ни у кого не вызывающий сомнения вопрос, где расходуется буква права и логика права, а тогда вся группа встала: «Да что ты нам такое пытаешься доказать?!», а вопрос был такой: «Комиссионер при отсутствии вины с его стороны отвечает ли за то, что не смог продать товар комитента?» Они говорят: «Ну написано же в законе: не исполнил предприниматель, независимо от вины, это твой



**В МГУ МЕНЯ ПОДЛОВИЛИ
ПРИ ПОСТУПЛЕНИИ
НА ЗНАНИИ ТГП. КАКОЙ-
ТО ВОПРОС ПРО ТЕОРИЮ
ПРАВООТНОШЕНИЙ,
ЧЕТВЁРКУ ПОСТАВИЛИ,
ЧЕТВЁРКА БЫЛА
ПО СОЧИНЕНИЮ,
ЕСЛИ БЫ ПО ИСТОРИИ
БЫЛА ЧЕТВЁРКА, Я БЫ
УШЕЛ В АРМИЮ**

риск, если взялся продавать товар, то и рискуй». А это, конечно, неправильно. И это показывает слабость нашего п.3 ст.401 ГК, среди прочего. В итоге мы так стояли лоб в лоб, как бараны на мосту. Это сейчас-то я уже могу задавить любую группу, если она начнет так делать, а тогда сложнее было. В РШЧП тоже было довольно забавно, помню, в 2003 году был такой случай. Я им доказывал, что представитель всегда изъясняет свою волю, а они мне доводят до абсурда, говорят, мол, вот будет доверенность на заключение сделки, и у него полномочие только заключить. Все, вот на таких условиях, только прийти, сказать, «да» или «нет». Тогда я помню их не дождал, а сейчас я уже понимаю, что сказать надо было. Они говорили, что, как же, М.И. Брагинский тоже не до конца определился, он же вот пишет мягко достаточно, не занял одну определённую позицию, я говорю: «Вот меня Н.О. Нерсесов убеждает и В.А. Рясенцев, которые говорят, что представитель волю свою изъясняет». Отвечают: «Ну, нет, ну как же, а здесь какая же своя воля, ему прямо сказали, иди и заключи». Сейчас правильный ответ я знаю, тогда я его не использовал, а просто какими-то обиняками обошёлся. И, видимо, они тоже ушли недовольные. Мол, преподаватель говорит чего-то там, а доказать не может. Ответ простой: воля представителя заключается в том, что он может сказать «нет» или просто не прийти на сделку. Его послали заключать сделку, а он пришел и не заключил. В этом и есть его воля. Всё достаточно просто решается. Так что вот какие-то такие воспоминания у меня. Я не могу сказать, что что-то там привнес особое в методу преподавания. Просто это была начитка информации, и я спрашивал её, но поскольку начитывал много и спрашивал плотно, то, видимо, учили. Это уже было неплохо. Сейчас ситуация, конечно, поменялась, сейчас очень много всего написано, в этом плане гораздо проще жить.

► Почему Вы не продолжили работать в судебной системе после ликвидации ВАС? Вы занимали довольно высокий пост.

◀ Занимал. Во-первых, мне никто не предлагал. Во-вторых, я бы отказался. Видимо, это совпало у нас с теми, кто мог бы предложить. Я думаю, считалось, что вхожу в команду А.А. Иванова, а там были определенные ощущения конфронтации разных

команд в судебной системе. Собственно, они и привели к упразднению ВАС РФ по такому жёсткому сценарию, проигрышу ВАС РФ в аппаратной борьбе. Поэтому мне никто не предлагал. Я вообще считаю очень удачным тот путь, который у меня был потом. Центр частного права – прекрасный опыт, вообще замечательное место и время работы. А сейчас еще лучше, чем тогда, то есть я свою жизнь оцениваю по восходящей, хотя у меня нет машины, на которой меня возили в ВАС РФ. И это тоже неплохо, нет чиновничьего апломба, значит. Между прочим, из тех, кто перешёл в ВС, многие ушли через 5-6 лет. Значит, я сделал правильный выбор, когда в принципе не рассматривал это направление для занятости. И я не особо переживал, когда из Высшего Арбитражного Суда ушёл. Какая-то ностальгия есть, но она немного другого рода. Мы вот были недавно в Южно-Сахалинске с Романом Бевзенко. Он там высказывается, критикует практику Верховного суда. Его поддерживает Александр Ермоленко. Это слушает председатель одного из судов общей юрисдикции, причём уголовной специализации, но он решается вступить за честь системы. И у него ответ основной такой: «Я понимаю, что вы переживаете, вас не отпустило до сих пор, что вам пришлось уйти из судебной системы, ничего, ребят, так бывает». Из этого выступления я понял, что есть непонимание, кто о чём переживает. И Роман сейчас, думаю, работает меньше, но зарабатывает больше, чем тогда, да и живёт больше в своё удовольствие. Меня это тоже касается. Что нам переживать, мы обеспечены достаточно в жизни. Вопрос же в том, что там была идея для страны работать, а сейчас для страны работа очень опосредованная происходит. Тогда ты увидел проблему и сразу пытаешься её решить. И это занимает не в пример меньше времени, чем сейчас. Допустим, сейчас я читаю курс по оспариванию сделок при банкротстве в Лексториуме и увидел уже 3-4 важнейшие проблемы нашего регулирования, в которые надо было бы влезть как можно быстрее и решить. Сейчас как происходит – я об этом говорю, дальше какие-то слушатели, может быть, каким-то судьям расскажут, потом через пару лет, может быть, я, наконец, напишу статью, потом ещё через 20 лет, например, судебная практика скажет: «А, кстати, да, хорошая мысль была». А в ВАС РФ бы я сел сам или поставил задачу аппарату. И был шанс,

что всё было бы решено через 3-6 месяцев. И на лекциях судьям мы бы закрепили всё это дело. Так делали с залогом при банкротстве, нежилыми помещениями в зданиях, оспариванием сделок в банкротстве, ответственностью директоров и т.п. И я понимаю, что соотношение усилий, затраченного времени и эффекта было совсем иное, чем сейчас. Поэтому переживания в этом плане не за себя, за державу обидно, как в известном фильме. С другой стороны, наверное, все к лучшему, нужно такой путь пройти и стране, и нам вместе с нею. Тем более что я на аппаратной работе был, и, конечно, времени заниматься подлинным правом не так много оставалось, приходилось отвлекаться. Сейчас с этим гораздо лучше.

► В одном интервью Вы сказали: «Но сейчас, к сожалению, идти в эту политику – зальют грязью семью, тебя, это я все для себя отмёл и сижу, жду, может быть, что-то произойдет само собой, и очень многие люди точно так же сидят и могут досидеться до чего-то не очень хорошего». Вам предлагали продолжить работу чиновником или Вы собирались стать публичным политиком, возглавить движение юристов за правду?

◀ Мне никто не предлагал это делать, быть чиновником нигде, никуда не звали. Если бы я захотел, можно было бы пойти куда-то там, думаю, часть наших в Минюст перекочевала, часть еще куда-то, но сейчас потихонечку выжимают их и оттуда, как я вижу. Уйти в политическую жизнь меня подмывает периодически, но, оценивая ситуацию трезво, я понимаю, что цивилизованной она не будет. А воевать я не готов в данный момент. Иду по пути более безопасному – пытаюсь сберечь как можно больше народу и себя в том числе, для чего-то в дальнейшем. Но интуитивно я чувствую, что путь этот не вполне правильный.

► Сергей Васильевич Сарбаш в интервью нашему журналу сказал, что Вас «де-факто выжили из РШЧП». Это так? Почему Вас не утверждали в должности директора Школы? Вы 3 года были исполняющим обязанности.

◀ Нет, это вообще никак не связано. Директор школы? 3 года? Нет, нет, нет... Я пришел, меня назначили, я не помню кем, я был первым заместителем председателя совета. Раньше РШЧП была отдельным юридическим лицом, в Исследовательском центре частного права я занял вторую

позицию после В.Ф. Яковлева. Александр Львович Маковский ушел на место Дэн Сяопина, такого, условно говоря, научного руководителя, а меня запустил, чтоб я хозяйством занимался, и я там работал, а в Школе я не помню, на какой точно ставке я был оформлен, это неважно, я её фактически курировал с самого прихода. И так далее, просто это было 2 юридических лица, потом их слепили в одно, и я стал заместителем руководителя-декана, то есть у меня никаких проблем ни с кем не было, ни с Яковлевыми, ни с Маковским, никогда, просто школа была моя, я ей зани-

мался 4 года с 2014 г. по 2018 г. Летом 2018 года В.Ф. Яковлев скончался, совет центра собрался и избрал меня, предложив утвердить мою кандидатуру Правительству и Администрации Президента. От Правительства возражений не было, а Администрацию я не устроил. Без объяснения причин. Дальше зимой был назначен исполняющий обязанности Центра, им стал не я. И дальше стало понятно по примерно трём предложениям написать объяснительные по разным поводам, что общаться со мной новое руководство желает только письменно. Этот стиль общения неприемлем для меня, и я уволился. Мы сделали это вместе с С.В. Сарбашом. Он постарше, ему всё понятно было и без объяснительных. Потом на мою должность пришёл А.М. Ширвиндт, он долго сомневался, я знаю, потом решился. Но ненадолго.

”

ЗАПАДНОЙ Я НАЗЫВАЮ
СИСТЕМУ, КОГДА
К ЛЕКЦИИ ВСЕ
ГОТОВЯТСЯ И ЛЕКТОР
НЕ НАЧИТЫВАЕТ
МАТЕРИАЛ, А РАЗБИРАЕТ
ЗАДАЧИ ИЛИ КАЗУСЫ.
Я ТАК НЕ ДЕЛАЛ.
КАК И МОИ УЧИТЕЛЯ,
ПРИХОДИЛ, НАЧИТЫВАЛ
МАТЕРИАЛ



► **Должность до сих пор пустует официально.**

◀ Ждём, да, нового. Кто-то наверняка согласится.

► **Вы сказали, что Вы не классический ученый, а организатор-функционер, поскольку Вы занимали административные должности. Вас не тяготила эта административная, по сути дела, неправовая работа, и сегодня Вы классический ученый, у Вас появилось больше времени на научные разработки?**

◀ Как Вам сказать, у меня высокая планка к другим и к себе, поэтому меня не тяготило особо, там тоже важные были вещи. У нас в ВАС РФ было такое интересное двойное подчинение аппарата, потому что аппарат курировали заместители председателя суда и одновременно я как руководитель аппарата. И формально я как руководитель аппарата должен был решать всякие организационные вопросы. Условно говоря, чтобы у всех компьютеры были и еда в столовой. Но, по существу, я тоже имел возможность погружаться. Я визировал документы, которые поднимались к Председателю. И значит, волей-неволей ко мне тоже приходилось прислушиваться. Например, Управление частного права курировал В. В. Ви-

трянский, но я участвовал во всех совещаниях по ключевым вопросам. Целый ряд пунктов в ключевых разъяснениях – чисто «мои». Поэтому чистым функционером я не был, конечно. Как не был им и тот, кто создал службу руководителей аппарата, – И.А. Дроздов, мой предшественник. После ухода В.В. Витрянского в отставку с УЧП в основном взаимодействовал я, даже не помню уже, какой заместитель их формально курировал. И когда мы узнали летом 2013 года о том, что, возможно, скоро «расходимся», то было принято решение форсировать работу максимально: пленум по ответственности директоров, существенные поправки в пленум по конкурсному оспариванию сделок, обзор по оспариванию сделок по ст.178 и 179 ГК, пленумы по свободе договора и лизингу, пленум по расторжению договора. Под занавес ВАС РФ выдал максимальную нагрузку. Я уже не говорю про отклонённые проекты, например, о договорах купли-продажи долей в ООО (пытались ввести абстрактность распорядительной сделки) или о зачёте при банкротстве (пытались его разрешить). Опять же как руководитель аппарата я продвигал некоторую молодежь, которая потом в Верховном Суде много чего написала, например.

Я их брал на работу и продвигал, поддерживал, чтобы им давали работать и учиться одновременно. Ну и так далее. Это важная была функция, я несколько не жалею, что её выполнял. Другое дело, что приходилось попутно заниматься закупкой автотранспорта, компьютерных киосков в суды и мантий с гербами. Иногда приходилось разгребать разные ситуации тяжелые по госзакупкам. Ну и ладно, позанимался, ничего такого в этом не было. Пронесло, условно говоря, без каких-то скандалов, ничего такого не было. А сейчас, насчет того, ученый я или нет, могу сказать, что, конечно, не успеваю я плотно какую-то одну тему взять, у меня слишком большой разброс по интересам. С другой стороны, я так себе поставил задачу: одно-два-три серьезных произведения писать в год. Вот про распорядительные сделки, например, я написал в позапрошлом году. В этой части я учёный. И в целом доволен собой. Я считаю, что вот такого уровня работ в России по распорядительным сделкам нет, а по другим темам – их крайне мало.

И настоящий учёный, по идее, должен таких работ выдавать, на мой взгляд, 10-12 ежегодно. По одной в месяц. Я – 2, а он – 10. Поэтому я настоящий учёный эпизодически, на одну пятую. Вот у меня планка такая. Хотя мне кажется, многие, кого называют учёными, не выдают и по одной такой статье в год.

Почему десять статей не пишу? Отвлекаюсь, зарабатывать надо, журнал «Цивилистика» тащить, ведь я в нём основная движущая сила. Это ведь тоже важно для науки гражданского права, чтобы был журнал, место аккумуляции цивилистических идей, такая поддержка молодежи, её публикационной активности и прочее. Но на это уходит время, самый драгоценный ресурс.

У меня длинный лист ожидания статей, кстати, которые я хочу написать. Та же тема по распоря-

дительным сделкам у меня назревала лет 10-15, пока я читал в РШЧП курс про сделки. Сейчас после публикации статьи я уже спокойно могу сказать студентам: «Ребята, читайте статью, а дальше мы с вами разберем уже казусы», потому что всё равно я ни на одной лекции столько, сколько там написано, разобрать не мог. И в этой теме я уже перешёл на другой уровень. Эта тема закрыта для меня во многом. Конечно, если появится серьёзная критика, потом я к ней вернусь через несколько лет, чтобы ответить оппонентам. Если они будут. Пока я не вижу никакой

особой реакции. Пока ни одной статьи, где анализировались бы мои аргументы, я не видел, даже от тех оппонентов, которые говорят, что распорядительные сделки – чудовищно вредная заграничная идея. Но разбора с конкретными примерами, которые я поднял, почему эта концепция не подходит России, пока нет, а раз нет, тогда всякое недовольство – просто вкусовые неприятия и прочее.

То же самое в прошлом году я передал статью в сборник к юбилею А.Л. Маковского, большую статью про совместную

собственность супругов, эта тема тоже меня давно занимала. Она, может, не так глубоко прокачана, как публикация про распорядительные сделки, в ней, скорее, постановка проблемы, обращение внимания на основные моменты. И ладно. Этот жанр тоже имеет право на существование. На базе того, что там написано, через некоторое время, уже послушав доводы, критику, можно выдать уже более проработанную статью.

В этом году я выполнил половину намеченного научного плана, опубликовав статью в сборнике к юбилею В.В. Витрянского по материальным недостаткам в купле-продаже. Вторую половину научного долга 2021 г. хочу закрыть статьёй про теорию оспаривания сделок при банкротстве.



**ПОРОЙ ПРАВОПОРЯДКИ
РАСХОДЯТСЯ,
СЕГОДНЯ ЛЕКЦИЮ
ЧИТАЛ СТУДЕНТАМ,
РЕКОМЕНДОВАЛ ОЧЕНЬ
ХОРОШУЮ КНИЖКУ
ЛАДО ЧАНТУРИЯ
ПРО ВВЕДЕНИЕ В ЧАСТНОЕ
ПРАВО, КОТОРУЮ ИЗДАЛИ
В СТАТУТЕ. Я ВАМ СКАЖУ –
ЛАДО КЛАССНЫЙ!**

Но это немножко другая работа, кабинетная и книжная. Например, когда я выезжаю куда-то в регион с лекцией, то это не наука, а просвещение правовое, условно говоря. Наука – это если бы сидели в зале люди твоего уровня, условные Сарбаш, Ширвиндт, Карапетов, и ты бы им двигал какую-то тему узкую, доказывал свою правоту. Я тогда не вообще о всех сделках в банкротстве должен был бы рассказывать, например, а взять одну проблемку какую-то там, допустим, о понятии опосредованного ущерба, и качать её со всех сторон. Вот это была бы уже наука. Но пока нет такой аудитории, которая готова это слушать и внимать. Многим в новинку вещи, банально простые для меня. Но я пытаюсь понемножечку приучать людей к сложным вопросам. На немецкий опыт ссылаться. Хотя прекрасно понимаю, что уже давно стал мемом: «Егоров и немцы».

Сейчас в Facebook пост опубликовал, не удержался, про отказ от наследства. Сделка в ущерб кредиторам или нет? Навскидку, конечно, да. Ну то есть я вам должен, денег не хватает, тут мне падает наследство, а я отказываюсь и говорю: «Не, я не буду брать», а в уме держу, что мой сын его примет и деньги в семье останутся как бы, а не уйдут кредиторам. Представляете, какой шанс выпадает? И наши судьи и большинство общест-венности говорят: «Ну, конечно, сделка в ущерб кредиторам». Заглядываю в теорию банкротного права Германии, а они говорят: «Нет, нельзя отказ от наследства оспаривать. И бездействие в виде непринятия наследства – тем более нельзя», потому что в ущерб кредиторам – это то, что ты рас-порядился чем-то имеющимся у тебя, а здесь ты ничем не распорядился, ты не использовал шанс приобрести что-то, а это уже другое.

► А что ты на улице кусок золота не подобрал?

◀ Да, вот такие вещи, прошёл мимо золотишка. Олег Зайцев мне пишет в ответ: «Только у немцев такая ерунда и всё». Но за что люблю социальные сети: иногда поддержка приходит с неожиданной стороны. Радислав Репин в ответ Зайцеву отка-пывает в Дигестах Юстиниана правила о том, что такое правило ещё с римского права существует, т.е. немцы не придумали ничего особенного, они просто традицию соблюдают. Олег не сдаётся и пишет: «Ну мало ли какие ошибки римского права

давно уже преодолела прогрессивная обществен-ность». И вот тут я уже не знаю. То есть либо мы прогрессивная общественность (поди плохо так считать, наоборот, приятно), либо мы двоечни-ки. Видите, как всё может перевернуться с ног на голову: то ли ты прогрессивная общественность, то ли ты не разбираешься в вопросе. Интерес-ная, конечно, история. В этом надо разбираться, по-хорошему, должны подключиться те, кто зна-ют испанцев, французов и так далее.

Вообще порой правопорядки расходятся, се-годня лекцию читал студентам, рекомендовал очень хорошую книжку Ладос Чантурия про введе-ние в частное право, которую издали в Статуте. Я вам скажу – Ладос классный! Он грузин, был мини-стром юстиции и автором ГК грузинского. Грузия, по сути, единственная страна, кроме прибалтий-ских, которая метнулась в сторону германского права, а не переписала ГК РСФСР (точнее ГК РФ) к себе. И в некоторые вопросы он погружается в своей книге прямо на 5 баллов. Взять вопрос ме-ста жительства. У нас примитивно всё, большин-ство путает место жительства с местом постоян-ной регистрации. А это, конечно, разные вещи. Может, совпадающие иногда, но не обязательно. И он пишет, что в Германии может быть несколь-ко мест жительства, а во Франции – нет, только одно, и в Италии тоже только одно. Он своих сту-дентов не просто «грузит» этой информацией, он заставляет их думать! Видно, что по целому ряду вопросов есть разные подходы в правопоряд-ках: где-то так, где-то так. Поэтому и по отказу от принятия наследства интересно послушать, где у кого что есть. И от тех стран, которые позволяют оспаривать отказ от принятия наследства, хочет-ся получить информацию, конечно, как решаются непростые случаи, когда принимается наследство с долгами. А то складывается впечатление, что наши апологеты такого оспаривания держат в уме сундук с золотом или тачку с баксами.

► Ничем не обременённые.

◀ А в жизни-то бывает и посложнее, наверное. А в купле-продаже что происходит? Когда чита-ешь немецкие нормы, всё понятно, а наши когда смотришь... Извините: тят-ляп. Вот вроде с Вен-ской конвенции переписывали, а детально когда начинаешь проверять, не знаю, большое разоча-рование, честно говоря, насчет текста кодекса.

”

ДУМАЕТЕ, ПРОСТО,
КОГДА ЗНАЕШЬ
НА 50 ЧАСОВ,
РАССКАЗАТЬ ЗА 4?
И ПОЛУЧАЕТСЯ, ТЫ
РАССКАЗЫВАЕШЬ
ТОЛЬКО САМЫЕ
ОСНОВЫ. ОДНУ
И ТУ ЖЕ ПЛАСТИНКУ
ТАКУЮ ВКЛЮЧАЕШЬ,
И МЕНЯ ЭТО УТОМИЛО
ОЧЕНЬ СИЛЬНО



► **Как раз по поводу разочарования: было ли у Вас когда-нибудь желание уехать из страны, приглашали ли Вас преподавать на Запад?**

◀ Нет, ни разу, ни то, ни другое. И я себя не вижу пока нигде. И тем более есть онлайн, зачем куда-то уезжать. Ну то есть, условно говоря, можно сидеть в Москве и преподавать онлайн для Дальнего Востока. Вот сейчас обсуждаю вопрос: может быть, для питерских студентов начну преподавать в магистратуре по банкротству. Потом какой-то проект есть с Дальневосточным университетом, может, для них что-то прочитаю. Конечно, для широты охвата лучше перебраться куда-нибудь под Новосибирск, чтобы с разницей во временных поясах лучше справляться. Но, с другой стороны, там гнус этот противный и клещ. Ну, а в конце концов можно и из Москвы вещать (только из Подмо-

сковья, конечно, с природы). Когда в Москве утро, то вся страна ещё всё равно не спит пока. Зачем обязательно жить за границей, ради личного комфорта и безопасности? Пока нет, я никакие такие варианты не считаю необходимым рассматривать.

► **Как и почему Вы создали Lextorium? Чем он отличается от других, уже имеющихся площадок, курсов повышения квалификации?**

◀ Ну, Lextorium не я создал. Там другой учредитель, а я помогаю, развиваю. Мне стало интересно. Логика довольно простая. Чем он отличается? Во-первых, это всё в процессе постоянной настройки пребывает, каждый свою нишу ищет. Меня, честно говоря, замотало то, как я ходил, читал лекции в программах других организаторов. То есть я прихожу, условно, а там одно и то

же. Вот идёт программа «Договорное право», мне в ней выделяют посреднические сделки, у меня 4 часа на них. А в РШЧП у меня 50 часов на них же было. Думаете, просто, когда знаешь на 50 часов, рассказать за 4? И получается, ты рассказываешь только самые основы. Одну и ту же пластинку такую включаешь, и меня это утомило очень сильно. «Ну, зачем мне это?» – я подумал. И я понял, что хочу делать что-то своё, и странно было делать такое же, пусть оно и рабочее было с точки зрения бизнеса, но меня от этого тошнить начинало. И плюс у меня было ощущение, что всё-таки можно больше выхлоп получать, ну, условно говоря, от одной программы, чем там просто гонорар приглашённого спикера. Поэтому в какой-то момент я поддержал новый образовательный проект Lextorium.

А чем он отличается от иных – есть разные аспекты. Во-первых, мы там первыми ввели идею двух спикеров. Чтобы были их споры и дополнения друг друга. Сейчас это у многих уже появилось. Было очень много хороших программ, с С.В. Сарбашом у нас прям такой тандем был хороший в «Обязательствах», с О.Р. Зайцевым или Р.К. Лотфулиным мы провели много интересного тоже, «Банкротство» обсуждали. С А. Никитиным и прочими коллегами в разное время «Лизинг» вели. Почти все программы в тандеме у нас были.

► **С Иваном Чупруновым?**

▲ С И.С. Чупруновым «Корпоративную ответственность» брали, да, с Н.В. Тололаевой «Общую часть обязательств» записали этим летом. «Деликтное право» было с Э.А. Евстигнеевым и А.А. Маркеловой. «Банкротство застройщиков» сейчас ведём с Д.М. Савченко, например. С В.Е. Величко стартует «Поэтажная собственность» вскоре и т.п.

Более того, сейчас уже накоплен классный массив записей, и мы готовы к переходу на новый уровень. Покажу на примере, о чём речь. Вот «Корпоративная ответственность директоров». Я делаю этот курс раз в год, чтобы не частить с ним. С чем я сталкиваюсь? Ты приходишь к слушателям и вообще-то должен на 90% повторить то, что ты сказал в прошлом году. Потому что за этот год появилось только 10% новой информации (в виде новых дел, как правило). Как эти 10% вставить в программу? Получается, ты должен какие-то 10%

из той полезной программы выкинуть. Ведь время это физика, с ним не забалуешь. В итоге ты выкинешь какие-то старые дела в расчёте, что народ их уже знает, хотя не факт, скорее всего, 70% их не знает, и если бы ты вообще 100% прошлого года повторил, они бы сказали: «Вау, круто». Ну, и чего, какой у меня интерес? Только денег заработать? Я же хочу идти дальше. Я хочу рассказывать новое, другое, но, чтобы это другое рассказывать, сейчас делается так: всем слушателям даётся запись прошлого курса, они её должны посмотреть. Это в их интересах, чтобы нормально усвоить то, что я буду рассказывать в

этом году. Условно, для успешного прохождения программы 5-го класса надо поучиться с 1-го по 4-ый. А не сразу в 5-ый приходить, если ты не вундеркинд. И логика такая: вы уже всё смотрите до начала занятий, и дальше мы уже с вами занимаемся: либо вы рассказываете свой казус, мы его решаем тут все вместе, либо я вам рассказываю новую практику или новые какие-то вопросы общего характера. И у меня есть стенограмма того, что я говорил в прошлый раз, для меня её делают помощники, чтобы я перед лекцией быстро мог вспомнить то, что рассматривал год назад (ведь видео долго пересматривать, нет на это времени). Вот это задумка – идеал, и, мне кажется, это долж-

”

**LEXTORIUM ВО МНОГОМ –
МОНОПРОЕКТ, НУ
ТО ЕСТЬ ОТНОСИТЕЛЬНО
МАЛО СПИКЕРОВ ТАМ
ПО СРАВНЕНИЮ
СО СТАТУТОМ
И М-ЛОГОСОМ.
НО Я СОЗНАТЕЛЬНО
КАК ЧЕЛОВЕК,
ОПРЕДЕЛЯЮЩИЙ
ПРОГРАММУ
ЛЕКТОРИУМА, НА ЭТОМ
ОСТАНОВИЛСЯ**

но быть востребовано. И этого точно нет на рынке. Как правило, записи если и есть, они даются на короткий срок, только пока идёт программа и плюс месяц-два. А обычно (раньше по крайней мере) был стереотип как у лекторов, так и организаторов: если мы запустим в оборот запись (и мы понимаем, что её быстренько украдут), то больше на лекции очные никто ходить не будет. В моей парадигме старая запись – сама по себе. А то, как мы закрепим знания от её использования при решении казусов, – это важнейшая часть обучения.

Ну и плюс, конечно, Lextorium во многом – монопроект, ну то есть относительно мало спикеров там по сравнению со Статутом и М-Логосом. Но я сознательно как человек, определяющий программы Лексториума, на этом остановился. Во-первых, я не вижу смысла повторяться, если человек читает в М-Логосе, ну зачем я буду там мешать, звать его? Нет, я мог бы, я большинство лекторов знаю лично, но зачем? В обратную сторону бывает: у нас молодёжь начинает читать, хорошо проявляет себя, и потом её начинают звать уже конкуренты к себе. Можно было бы обижаться, наверное. Мол, чего своих-то не выращиваете? Но мне не жалко. И лекторы больше зарабатывают, и, главное, люди получают хорошие знания, ибо в людях, прошедших через Лексториум, я не сомневаюсь. А если человек – раскрученный лектор Статута, зачем я его буду у себя заявлять? Ну, за некоторыми исключениями. И то, если тот же С.В. Сарбаш приходит в Лексториум, то с «Исковой давностью», а не с основными его лекционными темами из других проектов. И этим определяется, что Роман Бевзенко не так часто появляется в Лексториуме. Это не потому, что, если я его позову, он не придет, или, наоборот, я считаю, что он плохой лектор, – нет. Но просто зачем, если он уже и так из аэропортов не вылезает?! Нет смысла заигрывать тех, кто уже в Статуте и ещё где-то.

А в остальном я просто стараюсь находить кого-то талантливого, но нового, не известного широкой публике. Сейчас вот по ГЧП идёт программа, и лекторы, например, В. Килинкар, блестяще себя зарекомендовали. На рынке проектов ГЧП они хорошо известные фигуры, но обычная юридическая общественность их не особо знает. Не особо знала. Теперь – будет. Слух, о том, какая это мега-программа, пойдёт по городам и весям очень скоро.

Таким образом, я отвечаю за интеллектуальную составляющую работы Lextoriuma. Из новенького я сейчас хочу личное кураторство ввести по-пробовать, а также ввести квази-магистратуру (я называю её даже анти-магистратурой), когда без каких-либо официальных дипломов люди получали бы такое образование, какое я когда-то давал магистрам РШЧП. С нового года и до конца лета 2022 будет запущена анти-магистратура по общей части гражданского права: предмет и метод, принципы, источники, лица, объект, сделки, представительство, давность. То есть учёба у нас будет с января один семестр плюс три месяца летних. Раньше я хотел вообще только на лето обучение запустить какое-нибудь. Ну, например, человек, если ему некогда, – он учится, загружен сильно в своей какой-нибудь магистратуре, но понимает, что маловато знаний ему дают, не хватает, – чтобы он ещё летом пожертвовал отдыхом, но посмотрел множество наших записей за лето и резко прибавил в развитии.

Опять же здесь будет другой формат, чем запустил с этой осени М-Логос для общей части обязательственного права. М-Логос – это классические лекторы, обсуждения и т. д. Они будут читать лекции с нуля или предполагают, что студенты уже прочитали к лекциям Глоссу и т.п. А у меня немного другая идея – дать курсы, записи, которых много: исковая давность, сделки, актуальные проблемы частного права и т.п., чтобы они все это рассмотрели, а потом мы будем с ними разбирать какие-нибудь казусы. Это как раз больше напоминает европейскую систему обучения. Просто в Европе книжки дают почитать, а у нас очень много что не написано в книжках, поэтому им дадут записи, чтобы они их рассмотрели и почитали раздаточную литературу. Сейчас какие-то такие будут направления развиваться в Лексториуме. Я не исключаю, что если это раскрутится, может, со временем это будет составлять основную мою занятость, потому что уровень обучения, к сожалению, в провинциальных вузах просто...

► Шокирует?

◀ Не шокирует, но тяжело им нормально работать будет. Я посетил в Южно-Сахалинске Институт железнодорожного транспорта, юрфак. Они говорят, что это сейчас единственный вуз на острове, который юристов готовит, остальные

вузы лишились бюджетных мест (народ, кстати, на демонстрацию не вышел с приветом для Минобра, а могли бы), а платников не удалось набрать, поскольку опять же Москва зависла стоимостью платного обучения. И все, профильные вузы не набрали первый курс (ещё три таких года и юридическое образование закончится на Сахалине!), остался только железнодорожно-транспортный. Ибо он ведомственный (при РЖД), а не под Минбром. Поскольку некуда больше, я пошёл туда. Там что-то пытаюсь рассказать, а потом стал задавать вопросы и понимаю, что их преподавателю, который меня встречал, хочется провалиться сквозь землю, поскольку на мой вопрос: «Кто назовёт мне два вида недействительных сделок в российском праве?» мне не может ответить ни один человек из тридцати. И там сидят студенты разных курсов. Вот если ты в таком вузе учишься, то, наверное, есть смысл пойти и где-то «догнаться» знаниями, на мой взгляд. Другое дело, что это будет требовать каких-то инвестиций денежных, но мы живём в таком мире.

Мне вот что понравилось: девушка, блогер популярный, Дарья Гоголева, — она была в команде лекторов в Иркутске недавно. Она успешно развивает свой личный бренд и помогает развиваться другим. «Главное — не бояться, — она говорит. Я в какой-то момент попала в сложную ситуацию, мне пришлось на платное переводиться, и я брала кредит на 32000 долларов, но ничего, я рискнула, потом отдала, отработала».

Вот такие нужны, которые понимают, что вложения в себя важнее, чем покупка «тачки». Поэтому посмотрим, если это будет востребовано, скорее всего, это должно быть востребовано. Мозги должны у людей появляться, у некоторых по крайней мере.

► Почему вы поддержали Роснефть в споре с АФК «Системой»?

► Почему поддержал Роснефть? Потому что понравилась позиция, она показалась интересной и в целом правильной. А кто из них прав? Вы знаете, все так демонизируют Роснефть, ой, а АФК «Система», конечно, ангелы владеют... Ой, как меня забавляют такие доводы.

► Пострадавшая сторона, все же говорят, что рейдерский захват был.

► Они все там друг друга стоят. Все прекрасные, замечательные люди.

► Бизнес...

► А дальше это спор хозяйствующих субъектов, дальше была правовая позиция. Она была бесспорна по трём вопросам, проблема самая сложная была по четвёртому вопросу. Соответственно мы это описали, дальше уже размер вреда был вопросом фактов. Мы по ним вообще не высказывались. Если у меня спросят, на мой взгляд, заслуживала ли АФК присуждение к 137 млрд, я бы сказал, что нет. Если бы я был судьёй, я бы не взыскал столько. Но это уже другой вопрос. Так отчего я согласился? Мне понравился интересный во-

прос. Плюс я понял, что наличие этого дела, если Роснефть выиграет, будет развивать наше право, потому что там были фидуциарные обязанности участника перед акционерным обществом. То есть там акционеры причинили вред своему обществу, реорганизовали его как-то. Вообще за это нужно расплачиваться — в этом главная идея этого дела. Потому что до этого дела эта идея вообще не фигурировала в практике, а после этого дела она заиграла: ссылаются на фидуциарные обязанности участников, пишут статьи, правовая система работает. Поэтому в каком-то смысле я использовал это дело, чтобы двинуть право. А то, что там один

ТАКИЕ НУЖНЫ, КОТОРЫЕ
ПОНИМАЮТ, ЧТО
ВЛОЖЕНИЯ
В СЕБЯ ВАЖНЕЕ, ЧЕМ
ПОКУПКА «ТАЧКИ».
ПОЭТОМУ ПОСМОТРИМ,
ЕСЛИ ЭТО БУДЕТ
ВОСТРЕБОВАНО, СКОРЕЕ
ВСЕГО, ЭТО ДОЛЖНО БЫТЬ
ВОСТРЕБОВАНО.
МОЗГИ ДОЛЖНЫ
У ЛЮДЕЙ ПОЯВЛЯТЬСЯ,
У НЕКОТОРЫХ
ПО КРАЙНЕЙ МЕРЕ

лев, условно говоря, покусал медведя, так это ж бывает – повезёт в любви, и вообще они же там философы все. «Спасибо, что взял деньгами» – полагаю, сказал Владимир Евтушенков и пошёл дальше работать. Как будто МТС никого не сожрал в этой жизни. Поэтому это уже их игра, игра больших мальчиков, пусть они там разбираются.

А на всякое сквернословие, которое раздалось, мне наплевать. «Егоров с Бевзенко продались» и прочая чушь. Даша Гоголева меня научила тоже на этом мероприятии в Иркутске, что нужно говорить таким людям. Она их матом посылает. Прямо со сцены всех. Я понял, что я до этого не дозрел пока, но переживать, что кто-то считает меня каким-то плохим, я не буду. Ребят, хорошо, ладно, считайте. Если вам так легче будет, не вопрос.

У меня таких примеров всё больше стало появляться. Я даже про это пост писал. В Южно-Сахалинске в последний вечер одна из участниц тусовки подходит ко мне и высказывает то, что долго носила в себе. Напоминает мне про одно интересное заключение, которые мы давали в Центре частного права. Я утверждал его и хорошо помню. «Вы же не правы там были, – говорит. – Вы же наврали». Я говорю: «Здрасьте, приехали! Куда наврал?» Я помню это дело прорывное, очень крутое, там первая инстанция была выиграна прямо со ссылками на заключение центра, вообще всё круто. Она говорит: «Нет, Вы не знаете, в этом деле на самом деле все было наоборот». Кстати, я это дело описал в статье про корпоративное злоупотребление в сборнике к юбилею В.П. Грибанова, выпущенном Статутом в 2021 году. Кто хочет, найдёт. Там, где был китаец, у которого был 51 процент акций, а у двоих остальных русских было 19 и 30, а решения принимались большинством голосов от количества участников, а не от величины долей. То есть

русские могли всегда китайца «заголосовать». Китаец выкрутился так: он раздробил долю между 20 родственниками и привёл их всех на собрание. Их теперь 21 против 2, они выиграли у наших. Наши сказали: «Что за дела?» И пошли рубиться. Это злоупотребление? Мне задали вопрос: злоупотребление это или нет? Я ответил так: «Ребят, коль в нашей стране, – в отличие от Германии, где долю вообще нельзя дробить без согласия общества, нельзя из одной доли в 51% сделать 51-у долю по 1%, – можно доли дробить, то в такой ситуации это

явно злоупотребление, да». Всё, вопрос поставлен, дан ответ. Они мне говорят: «Но ты-то не знал, что на самом деле устав, в котором было это написано, был подделан этими двумя русскими, на самом деле они тем самым кинули китайца. Так-то у него 51 процент, он выигрывал, а так они подделали устав, и он защищался. То есть, условно говоря, это как необходимая оборона такая была. Но тебе показали только эпизод, где он в них ножом, а то, что он ножом после того, как в него кинули гранату, этого ты не видел. И ты в этом виноват». «А как я мог видеть?» – спрашиваю. «Вот вы пришли в дело и рассказываете. Это ваша работа адвоката. Найдите другого юриста, который скажет, что, мол, да, Егоров правильно всё написал абстрактно, но вот в этих условиях он не прав. Не вопрос, работайте, это же ваша работа». «Твое заключение нам так помешало», – говорят. Ребята, юристов что ли нет, которые способны написать наоборот? Вот как я мог это проверить? Как? «Ты должен был», – говорят. Чего я должен был? Запросить? Чего? Потребовать от заказчиков поклясться на Библии, что они не врут что ли? «Всем, кто тебе платит, ты пишешь», – говорят. Я отвечаю: «Нет, конечно, зачем мне это надо?» А главное, мне потом уже в голову пришло, что на этом же фо-



**А НА ВСЯКОЕ
СКВЕРНОСЛОВИЕ,
КОТОРОЕ РАЗДАЛОСЬ,
МНЕ НАПЛЕВАТЬ.
«ЕГОРОВ С БЕВЗЕНКО
ПРОДАЛИСЬ» И ПРОЧАЯ
ЧУШЬ. ДАША ГОГОЛЕВА
МЕНЯ НАУЧИЛА ТОЖЕ
НА ЭТОМ МЕРОПРИЯТИИ
В ИРКУТСКЕ, ЧТО
НУЖНО ГОВОРИТЬ
ТАКИМ ЛЮДЯМ.
ОНА ИХ МАТОМ
ПОСЫЛАЕТ. ПРЯМО
СО СЦЕНЫ ВСЕХ**

ров правильно всё написал абстрактно, но вот в этих условиях он не прав. Не вопрос, работайте, это же ваша работа». «Твое заключение нам так помешало», – говорят. Ребята, юристов что ли нет, которые способны написать наоборот? Вот как я мог это проверить? Как? «Ты должен был», – говорят. Чего я должен был? Запросить? Чего? Потребовать от заказчиков поклясться на Библии, что они не врут что ли? «Всем, кто тебе платит, ты пишешь», – говорят. Я отвечаю: «Нет, конечно, зачем мне это надо?» А главное, мне потом уже в голову пришло, что на этом же фо-

руме ко мне подходили с просьбой дать заключение, но я отказался, потому что позиция мне не понравилась. Ко мне с трёх сторон заходили дать заключение по этому вопросу, и я всем отказывал. Я им сказал «нет», а они так удивились: «Почему нет?» Потому что там такая непонятная позиция, привлечение к ответственности директора за налоги, которые он не доплатил. Мне не нравится эта ситуация. Я потом сообразил, что их надо было свести с этой девушкой как живое доказательство того, что она обо мне думает существенно хуже, чем есть на самом деле. Я не всем, кто платит деньги, пишу заключение. Я ещё думал, тоже хотел у неё, конечно, спросить: «Если ты думаешь, что я проститутка такая юридическая, что ж ты со мной разговариваешь? Зачем же ты со мной в караоке-то пришла?» Я бы с такой мразью в караоке бы не пошёл, честное слово. И выпивать не стал. Такая вот интересная тема. Бывает, народ не может определиться, кто я и зачем.

► **Вы возлагали большие надежды на ИЦЧП и говорили в интервью, что хотели бы сделать из него подобие института Макса Планка. В Германии традиционно сложилось, что суды у вузов спрашивают совета. В России такого исторически не было, нужен ли тогда университет суду? Не кажется ли вам, что законодательство пишут не в соответствии с интересами общества, не в соответствии с мнениями экспертов, а так, как укажут лоббисты крупнейших монополий? Если так, то в чем тогда смысл деятельности таких центров, если у них никаких контрольных полномочий, власти никакой нет?**

◀ И у Макса Планка контрольных полномочий и власти нет. Просто у исполнительной власти, судебной есть понимание ценности доктрины права. А у нашей – нет. Вот хорошо, может быть, через какое-то время во власть придут студенты, которых я научил, и у них это понимание будет, тогда вернёмся к этому разговору. То, что делать это надо, это 100 процентов. То, что это обойдётся миллионов в 30 долларов, то это копейки для страны. Рано или поздно кто-нибудь их даст, я надеюсь. Может, кому-нибудь надоест наш бедлам и он спонсирует создание такого института. Я его точно готов возглавить. Как Гарвард обра-

зовался? Именно так же: выпускники заработали денег, потом дали денег на основание Гарварда. И вошли в вечность тем самым. Ведь деньги свои они туда забрать не смогли. Должен кто-то и здесь дать. А модель института прям списывай у немцев и не усложняй всё: особняк на берегу озера где-нибудь в Кисловодске. Прекрасно живёшь, читаешь книги, обсуждаешь их, ходишь там в парк, гуляешь, размышляешь. Особнячок покупается вместительный или строится с нуля, чтобы хранилище было для книжек. Хотя сейчас бумага-то и не нужна особо, нужен сервер просто и всё. И работаешь, и прекрасно. Поэтому все это можно сделать, просто сейчас пока рано. Это можно было из Центра частного права сделать, там классный 3-й этаж огромный на Ильинке. Усиленный. Раньше там хранили архив КПСС. Здание специально перестраивали в 80-х годах прошлого века, стены и колонны на 1-м этаже толстенные. Но пока не судьба.

А лоббисты – да, лоббисты есть, но это вопрос к Думе. Я знаю: есть банковские лоббисты, страховые. Да и государственные тоже. И поэтому, конечно, когда та же налоговая служба, например, какие-то вещи в Закон о банкротстве вставляет только для себя, это не хорошо. По идее, в Госдуме должны так им говорить: «Ребята, если хотите поправить что-то неправильное (например, слишком короткий срок для закрытия реестра требований кредиторов), давайте для всех сделаем». То же самое банков касается. Запрет на зачёт в банкротстве им не нравился, и они сделали для себя ликвидационный неттинг. То есть не для всех ситуацию поправили, а только для себя. Хотя это фактически разрешённый зачёт по расчётным сделкам, если называть вещи своими именами. Так не хорошо вообще-то. То есть как будто если бы тонул Титаник, а банковское лобби село бы в хорошие лодки с комфортом, погрузило икру, оркестр с собой. Так и с зачётом. В итоге Верховный Суд сальдирование своё стал придумывать, чтобы как-то исправить ситуацию. И от такого буйства лоббистов сейчас вообще за лоббой закон с целью его реформирования братья опасно. Потому что хуже могут сделать. Прийти и для себя какую-то ахинею там написать, а им наплевать, что так нельзя. Говоришь нельзя, а они: «Да ладно, не переживай, нам можно». То есть отношение к профессорам, как к болтунам, мол,

ходят, болтают чего-то там себе. Если тебе строитель скажет: «Нельзя балку такую использовать, то есть вот такой толщины не ставь, не надо, как бы все прогнется и долбанет тебя по башке». Тут их слушают. Прорабов слушают чаще всего, а профессоров – нет. И ощущение, что такое поведение связано с дремучей неграмотностью правовой, которая идёт от идеи о том, будто что напишешь в закон, то и будет. Напишешь ахинею, так и будет. Я вот сейчас буду статью публиковать, разместил её проект даже в Telegram-канале, который создал недавно для обсуждений, о проблеме из п.5 ст. 189.23 Закона о банкротстве. Пропихнули, во-первых, в текст какую-то откровенную чушь. Идея такая: банк в предбанкротном состоянии, ЦБ приходит и заливает пожар деньгами, не напрямую, правда, а через АСВ или через фонд консолидации банковского сектора. Допустим, 150 миллиардов даёт, а дальше говорит, что контролирующие лица, которые виновны в этом банкротстве, обязаны возместить банку убытки, которые у него образовались в виде неполученных доходов ЦБ за 20 лет (ведь эти 150 млрд вынуты из оборота и дохода не принесут больше). В чём откровенная чушь? В том, что убытки здесь у ЦБ, а контролирующие лица должны их возместить банку. Банку, понимаете? Тому, кто был в банкротстве и которого уже спас ЦБ. Не просто так, а за счёт публичных денег, кстати. То есть у самого банка убытков больше нет, они все покрыты, и взыскивать ничего не надо, буквально. С какой стати банку возмещать, если ЦБ ему дал деньги? Если это потери ЦБ, так и скажите, а иначе просто ахинея какая-то. Вот и дальше в статье я пытаюсь сказать, что, наверное, имеется в виду, что эти деньги в пользу банка взыскиваются, но он потом их отдаёт ЦБ (АСВ или Фонду) как его агент или в этом роде. Дальше я пытаюсь какую-то квалификацию этому дать. Что это вроде

как возмещение расходов на устранение вреда, причинённого неправомерными действиями. Как в Китае, помните, родственникам расстрелянного преступника приходит счёт на 2 пули. Вот так и здесь. Условно говоря, за то, что ты банк довёл до банкротства, а ЦБ его спас, заплатив кучу денег, заплати теперь. Сама по себе очень неординарная история, кстати, ведь расходы следователей на поимку преступников (зарплату их хотя бы) с последних не взыскивают обычно, правда? Я о таком не слышал как об общем правиле.

”

**СОВЕРШЕННО ОЧЕВИДНО,
ЧТО АДМИНИСТРАТИВНОЕ
ПРАВО ГЕРМАНИИ БЫЛО
НАПИСАНО КАКИМ-ТО
ЦИВИЛИСТОМ, КОТОРЫЙ
ПРИШЕЛ, УВИДЕЛ
ЖУТЬ, КОТОРАЯ ТАМ
ПРОИСХОДИЛА,
И ПЕРЕДЕЛАЛ
ВСЁ, НАПИСАЛ
ПО ЦИВИЛИСТИЧЕСКИМ
ЛЕКАЛАМ. ЭТО КТО-ТО
ЕМУ ДАЛ КАРТ-БЛАНШ**

Вот вам пример лоббизма в чистом виде, исполненно-го малограмотными специалистами, которые не обсуждали свою идею публично (им любой мало-мальски грамотный специалист тут же показал бы их ошибку), а пропихнули её в текст где-то ко второму чтению. Но с этим должна бороться Госдума. И в конечном итоге ГПУ Президента, я считаю, должно усмирять здесь лоббистов. Но вообще – да, общество болеет, безусловно, и у власть имущих такое ощущение развилось, что деньги всё решают и власть. На таких примерах оно говорит само за себя.

► **Вы сделали такие большие шаги в частном праве, продвинули нашу юриспруденцию. Не думали ли Вы, что Вам пора обратить свой взор на публичное право, потому что как бы не был хорошо написан ГК, как бы не была хорошо разработана доктрина, если у нас не развито публичное право, то права частных лиц не будут защищаться. Что мы и видим буквально каждый день.**

◀ У меня были такие мысли, но всерьёз я их никогда не рассматривал. То есть совершенно очевидно, что административное право Германии было написано каким-то цивилистом, который пришел, увидел жуть, которая там происходила, и переделал всё, написал по цивилистическим

лекалам. Это кто-то ему дал карт-бланш. То ли Бисмарк, то ли ещё кто-то, я не помню. Ему кто-то доверял и так далее, во-первых. Во-вторых, если бы мне сейчас предложили, вероятность, что я бы согласился, всё равно составляет 1 процент. То есть мне нужно тогда все бросить, банкротство своё любимое отложить, не доделав ничего до конца, и обязательства отложить, и сделки, и заняться теорией административного права, и потом года три уйдет на начитку литературы, вхождение в процесс и потом наработку, и кто мне даст гарантию, что не в холостую я напишу? Поэтому я жду, чтоб кто-то из детей, — я так называю студентов, — который хорошо изучит цивилистику, изучит иностранный язык, а потом пойдёт заниматься публичным правом. Так неизбежно случится. Надо только дожидаться. А мне это делать бессмысленно, если у меня огромная библиотека подобрана по частному праву, и я прочитал, дай бог, одну пятидесятую. Зачем мне переключаться на публичное в таких условиях? Лучше я буду заниматься тем, что я могу. У меня уже подобраны ресурсы и прочее. На это времени не хватает. А пока такая судьба у страны — жить без нормального публичного права. Ждать, пока оно сформируется.

► **Возвращаясь к банкротству, почему Вы всегда обращаетесь к банкротному тесту? По сути, банкротство это ведь про юридическую смерть и примерять его на юридическую жизнь неправильно, что ли?**

◀ Потому что это логично. Когда надо что-то проверить, вы же проверите его в самой сложной ситуации, не в лёгкой? Надо создать стрессовую ситуацию, чтобы понять, как будет себя вести тот или иной субъект. Нормально совершенно,

что институты частного права через банкротство проверяют.

► **Вы как-то рассказывали, что работали охранником на первом курсе, машины охраняли. Сегодня же мы знаем, что Вы непримиримый борец с работающими студентами. А ведь сами работали, почему так?**

◀ А надо вспомнить. Я сейчас, если честно, не помню, это может первый, может, второй. Да, там работа-то такая была, не самая отвлекающая. Чем охранник хорош? Ты сидишь, готовишься к семинарам и так далее, там работа была сутки через трое. Я не помню, чтоб это сильно мне мешало учиться. Ключевые лекции для меня записывали приятели, и я их прослушивал. Такого ощущения, что это мешает учиться, у меня не было. Плюс это было несколько месяцев, и все закончилось. Да, наверное, это был первый или второй курс, действительно. Что делать? Я всех понимаю. Не то чтобы я непримиримо борюсь, чтоб кого-нибудь отчислил там за работу, не было такого. Помню ребят из Дебевойза, которые учились в РШЧП. Я их

видел только на экзаменах. Устраивал допрос с пристрастием и понимал, что они готовы лучше многих. Уходили с пятёрками. Выучили — и слава богу. Это совет просто такой с моей стороны, а не требование. Если человеку есть нечего, я тут не буду со своими советами заставлять учиться. Поэтому — нет, я спокойно отношусь к этому. Просто надо кому-то понять собственную выгоду. Если ты работаешь во время учёбы для того, чтобы у тебя был, условно говоря, айфон побыстрее вместо обычного гаджета, то это неправильно. Потому что если ты не работаешь, то ты сядешь потом на Порше Кайен на несколько лет быстрее, чем если бы ты работал во время учёбы ради айфона. Всего

”

**ЕСЛИ ТЫ РАБОТАЕШЬ
ВО ВРЕМЯ УЧЁБЫ ДЛЯ
ТОГО, ЧТОБЫ У ТЕБЯ БЫЛ,
УСЛОВНО ГОВОРЯ, АЙФОН
ПОБЫСТРЕЕ ВМЕСТО
ОБЫЧНОГО ГАДЖЕТА,
ТО ЭТО НЕПРАВИЛЬНО.
ПОТОМУ ЧТО ЕСЛИ ТЫ
НЕ РАБОТАЕШЬ, ТО ТЫ
СЯДЕШЬ ПОТОМ НА ПОРШЕ
КАЙЕН НА НЕСКОЛЬКО ЛЕТ
БЫСТРЕЕ, ЧЕМ ЕСЛИ БЫ ТЫ
РАБОТАЛ ВО ВРЕМЯ УЧЁБЫ
РАДИ АЙФОНА**

лишь эта мысль. Всё рационально. И оптимальный вариант — работать по профессии. Условно говоря, не скрепки там какие-то закладывать или сшивать что-то, а аналитикой заниматься, какую-нибудь практику подбирать кому-то и т.п. Я понимаю, что юридические фирмы не будут сильно доверять студенту, пока он не сильно понимает, что именно надо найти. Но и здесь опыт приходит со временем. У меня студенты добровольно расшифровывают лекции, например, монтажные планы к записям делают. Взаимовыгодная вещь. Им записи достаются бесплатно, и для них это тоже полезно. Если человек перешерстил курс по актуальным проблемам частного права, составил мне монтажный план, то, значит, он прослушал 2-3 раза, плюс он поставил вопросы к курсу, то есть, я понимаю, что он полностью «в теме». Даже экзамен уже может не сдавать, и так все понятно. Это оптимальный вариант для студента найти что-нибудь такое. Я понимаю, все так не смогут, но по крайней мере самые талантливые вполне могут этим заниматься. У нас ассоциация цивилистов, например, регулярно мероприятия проводит: нам нужны и анонсы этих мероприятий готовить, и освещать их в соцсетях, и пострелизы готовить. Мы вполне можем обеспечить занятость студентам. Пусть приходят. Не глобально, но какие-то деньги на этом можно зарабатывать. Если удастся, то вообще отличный вариант: одновременно учишься и ещё на этом что-то зарабатываешь.

► **Вы сказали, что проблему качества юридических услуг нужно решать не через адвокатскую монополию, а через реформу юридического образования. Согласен с Вами, но каков план? В интервью другом Вы сказали, что нужно больше студентов отчислять, нужно сделать экзамен, чтобы в профессию был для каждого порог, и здесь также ещё возникает вопрос, а кто будет делать экзамен для тех, кто собирается принимать экзамен?**

◀ От чего-то отталкиваться надо, конечно. Я думаю, что найти 10 человек, которые проверят 100 будущих экзаменаторов, которые потом разьедутся по стране, вполне можно. Управление частного права собрали в ВАС РФ, правда? И это не 20 лет заняло. Они сработали отлично. И после них я знаю: всё можно сделать. Но это глобальная

такая должна быть задача. Конечно, если поставят экзаменаторами людей, которые отстаивают идеи, мол, он же свой, а не умный, то пиши пропало. Иван Иванович позвонил, замолвил словечко за кандидата, мол, мы же вместе с ним в десанте служили или в кооперативе там каком-то вместе общались. Если такой принцип, то — да, всё бессмысленно. А если принцип: чтобы проходили сильнейшие, лучшие, тогда будет нормально. Но это техника. Я понимаю, как надо, а дьявол кроется в деталях и реализовать это архисложно, но нет ничего невозможного.

► **Несколько вопросов о Вашем журнале. Отличный журнал, но его нет ни в РИНЦ, ни в ВАК. В РИНЦ там только какие-то отдельные статьи индексируются.**

◀ В РИНЦе был, а почему отдельно? Должен и весь быть. В перечне ВАКа — нет, да.

► **Что вы думаете об этих индексациях? Важны ли они вообще? Сталкиваетесь ли вы с дефицитом статей из-за отсутствия индексации?**

◀ Нет, сейчас не сталкиваюсь. Я готов написать сам все в журнал. Полностью. Меня дефицит статей не волнует, честно говоря. Это во-первых. Так, во-вторых, журнал пока молодой, понятно, что там не все. Но меня поддерживают мои знакомые, и потихонечку статьи переходят уже так в более менее хорошее русло. Я не думаю, что журнал будет испытывать недостаток в статьях и прочее. Журнал крепко встал на ноги, это радует. Есть большая группа спонсоров, которые видят результат и верят мне. Это важный фактор. В-третьих, что я думаю про эти РИНЦы? Ну, да не знаю что. Я пытаюсь попасть сейчас с «Цивилистикой» в белый список Вышки, чтобы преподаватели могли публиковаться. Им засчитывают публикации, потому что там от публикационной активности зарплата зависит. Ну что-то там тормознулось. Ну, может, попадем, может, нет. Даже если не попадём — ничего такого страшного нет. Просто я в основном там публикуюсь. Я один из самых слабых по публикационной активности в Высшей Школе Экономики, знаете? Ну Вы понимаете, хорошо, что Вы смеетесь. Я тоже думаю, что я вообще-то стараюсь нормально публиковаться. Побольше многих. Но вот, когда система ставит мне двойку за публикационную активность, хотя

”

У МЕНЯ ЕСТЬ
ПЛАН СДЕЛАТЬ
ЖУРНАЛ НЕ ПРОСТО
РЕНТАБЕЛЬНЫМ,
А ЧТОБЫ ЗА НЕГО
ПЛАТИЛИ АВТОРАМ
ГОНОРАРЫ, И
НОРМАЛЬНЫЕ. ЕСЛИ ВСЕ
БУДУТ ТАСКАТЬ СТАТЬИ
ЧЕРЕЗ ИНТЕРНЕТ И НЕ
БУДУТ ПОДПИСЫВАТЬСЯ,
ЭТА МОЯ ИДЕЯ НИКОГДА
НЕ ВОПЛОТИТСЯ, К
СОЖАЛЕНИЮ. НО Я К
ЭТОМУ ИДУ



у меня за последний год четыре статьи в ведущих сборниках (к юбилеям А.А. Иванова, А.Л. Маковского, В.П. Грибанова, В.В. Витрянского), то есть там статей на страниц двести, наверно. И по статьям страниц сто в Цивилистике, наверно. То есть триста-четыреста страниц, наверно, в год выдал, но я – слабый по публикационной активности. Я им тоже писал, что, может, что-то не так не во мне, а в оценке? Ну, не знаю, там сейчас разбираются. Вот поэтому мне все эти оценки усреднённые и прочие не очень. Что касается ВАКовского списка, я понимаю, что был бы наплыв, если мы были бы в нём, статей аспирантов и так далее. Но там наверняка сто пудов чуши бы приходило, что я бы читать это все отказывался. Меня сейчас устраивает, что откидываю всего лишь процентов двадцать-тридцать из приходящих статей, а в основном все берем. Все понимают, что у нас довольно высокие требования. А если знакомые юристы статьи присылают, я даже не читаю за ними особо. А.А. Маковская, например, прислала мне, что, я буду править Маковскую, что ли? А в РИНЦ мы попали на самом деле, чтобы журнал там был. И сейчас мы в «КонсультантПлюс» попадем. Кон-

сультант выразил желание, и мы туда пяток статей из номера будем давать.

Так что меня Консультант волнует гораздо больше, чем РИНЦ. Многие говорят, чего нет в Консультанте, нет в литературе. Посмотрим. Я сейчас Telegram-канал создал, буду туда выкладывать свои статьи. Глобально, если мы попадем в белый список Вышки и в Консультант, то всё, я могу успокоиться с этим. А в РИНЦ и так будем.

► **Почему Ваш журнал выходит в таком объемистом формате? Это уже коллективная монография, а не журнал!**

◀ Почему объемистый формат?

► **Вы говорили «толстушка».**

◀ Потому что там три номера в одном на бумаге выходят. Мы прикинули, что доставлять каждый номер из шести нам будет слишком накладно. У нас номер не выходит жёстко. Есть такие журналы – кровь из носа, а чтобы журнал 1-го числа следующего месяца был в почтовом ящике подписчика. Это неплохая сама по себе парадигма, но не наша. У нас такая более профессорская.

Потому что мы можем себе позволить примерно такую логику: если вот идёт статья по деликтам крутая, и мне говорят, что она скоро придет, то я её жду. Потому что и номер у нас тематический по деликтам. И номер выходит не так, как положено. Условно говоря, не в августе, а в конце сентября. Так бывает. Но за год 6 номеров мы выпустим, как мы и обещали читателям. И не лимитируется у нас объём, как где-нибудь. Мол, 123 страницы и всё. Прислал Ширвиндт статью на 37 страниц. А ты ему говоришь: «Андрей Михайлович, тринадцать наш придел, давайте, уберите два слова из трёх в вашей статье в каждой строчке».

► **Так обязательно либо режут список литературы, либо ещё что-то.**

◀ В нашем журнале такой проблемы просто нет. Есть статья хорошая на 60 страниц? Выйдет она. Раздуется номер с 200 до 250 страниц? Не страшно. Важен только контент. Тем более что бумага-то у нас электронная. А потом мы решили, что бумага у нас тоже будет. Но пару раз в год выходить, две толстые книжки. Вот они пусть на полках стоят — да.

► **Конволют такой получается.**

◀ Первая толстенная была. Тяжелая такая. Вот поэтому её мы и прозвали «толстушкой». А потом стали играть со шрифтом, толщиной бумаги и довели вес и размер до приемлемого. Правда, название осталось. Оно хорошее: «Толстушка».

► **Как Вы защищаете интеллектуальную собственность? Потому что если в электронном виде это продавать, то всё это весьма быстро начинает распространяться бесплатно, один скачал и поделился. Поэтому многие либо уходят в чисто печатный вариант, как на западе, либо не допускают скачивания, только чтение онлайн, а у нас выжить таким изданиям довольно тяжело, если их не спонсируют.**

◀ Да спокойно я к этому отношусь. Ну, можно будет добавить какое-нибудь рассуждение какого-нибудь специалиста оккультных наук, то есть если ты сам что-то украл, то у тебя тоже потом будет что-то плохо. Вот с примерами может быть из «Мастера и Маргариты», например. А так, это личное дело каждого. Должно быть уважение к самому себе, когда ты платишь за что-то. Не просто на

халяву пошёл поел. Ну, как если бы была возможность пойти на халяву пойти поесть на чужом кофе-брейке, но ты понимаешь, что ты за чужой счёт это сделаешь. Есть в этом кайф какой-то? В студенческие годы, ну, может быть, если есть очень хочется и денег нет свободных, но когда ты уже более менее солидный и так сделаешь, ты себя будешь уважать после этого? Ты не можешь заплатить 500 рублей, что ли? Или ты их экономишь на кружку пива? Собственно говоря, только такие люди меня интересуют как читатели журнала. А остальные пусть живут как хотят. У меня есть план сделать журнал не просто рентабельным, а чтобы за него платили авторам гонорары, и нормальные. Если все будут таскать статьи через интернет и не будут подписываться, эта моя идея никогда не воплотится, к сожалению. Но я к этому иду.

► **Не 100 рублей, как сейчас во многих изданиях, либо без гонорара как такового?**

◀ Ну да, сейчас платят смешные какие-то деньги. Я к этому иду, потому что мне самому платил в своё время главный редактор Вестника ВАС РФ Тюньков Юрий Иванович, когда мне было 25 лет, за статьи он мне платил совершенно нормальные деньги. Кажется, 10 тысяч рублей за авторский лист. Это было сколько? 300 долларов? Если не больше! Это сейчас больше 20 тысяч рублей. Представляете, чтобы завтра кто-нибудь за статью столько вообще заплатил? И для меня это показатель. Да, у Вестника ВАС РФ были отличные обороты. Но я не успокоюсь, пока не сделаю так же. Прямо сейчас для этого не ресурсов, сейчас все терпят. Поэтому я буду в эту сторону двигаться, а уж дальше — посмотрим. А вот у Артема Карапетова другая позиция. Он там говорит, что надо делать журнал бесплатным и ходить по юрфирмам, просить денег на издание. Да, он идёт этим путём в случае с Глоссой и т.п. Это его право. Ну вот мы попробуем традиционный путь. Пусть растут разные цветы. В Вышке на одном из курсов, я знаю, ребята скинулись и подписались на Цивилистику, рублей по 300 на нос вышло, наверное. Теперь все читают. Вот это взрослая позиция. И мы никогда никого не будем преследовать за такие вещи. Но если все будут подписываться и расшаривать, то когда-нибудь у меня останется только один подписчик, который будет раздавать всем по интернету. Ну, тогда мы плюнем просто и

не будем издавать журнал. Значит, общество нас отторгло, сказало, что мы ему не нужны. Ну, хорошо, общество выиграет от этого? Думаю, нет. Это же золотое правило морали. Поступай с другими так, как хочешь, чтобы поступали с тобой. Ты же хочешь, чтобы тебе платили за работу? Я же понимаю людей, к которым я прихожу за их услугами, что они тоже хотят зарабатывать? Я же не пытаюсь им не заплатить. Поест и не заплатить. Или помыть машину и не заплатить. Заправить её и не заплатить. Можно же уехать. Да, можно. Но это же несерьезно. Очевидно, что если ты так делаешь, то тебе так же будет. Прилетит потом ответка.

Просто она может сразу же прилететь, а может – через полгода. Допустим, у юриста гонорар двести тысяч, и ему жалко 6 тысяч на подписку на журнал, с которым он выигрывает. Ну, странно так жить. Пережитки советского времени сказываются и нищета, в которой он вырос, видимо. По-другому не могу объяснить. А есть нормальные люди, вот у меня знакомый Лёша Юхнин, мы с ним делали интервью в Цивилистике, он мне пишет как-то:

«Слушай, а есть статья такая-то?» Я говорю: «Да, да, сейчас, просто на лекции, пришлю через пару часов». Потом присылаю, а он мне отвечает: «Я нашел на сайте уже, всё нормально, подписался, купил номер». Журнал будет расти вместе с обществом. Эти деньги подъёмные, если общество готово, значит, будет платить, и будет журнал, если нет, то нет. Дальше попытка достучаться до людей. Мне не очень понятно, когда люди платят 10, 20, 30 тысяч за какое-то обучение, которое я провожу, но почему они не могут заплатить 5-6 тысяч, чтобы почитать? В журнале ведь они возьмут больше, это 100%. Почему так происходит? Надеюсь, это временное явление, и через несколько лет журнал будет в каждой уважающей себя юридической фирме.

► **Скорее, удобство. Ведь голос можно поставить на ускорение, не надо напрягаться, а**

читает большинство медленно. А так, милое дело, поставил ускорение x2 и вместо 2 часов прослушал всё за час!

◀ Но так ведь не получится. Максимум полуторное ускорение, на двушке уже ничего не разберёшь. Если только очень неторопливо говорить. Мозг на двойном ускорении будет просто отключаться. Поэтому прочитаешь всё равно быстрее! Сравните: кто-то читает вслух и вы читаете про себя. Я лично читаю в 4-5 раз быстрее. И замедляюсь только на очень важных местах. Потому что можно читать даже по диагонали. Возможно, конечно, что сейчас идёт прощание с печатными ресурсами. Кто знает?

Невозможно это отследить, предугадать. Я надеюсь, что это не так. Просто сейчас произойдёт расщепление людей на тех, кто, условно говоря, слушает Моргенштерна, и тех, кто решает вопросы. Мы работаем для вторых. Может быть, что первые задавят вторых числом, вот эту маленькую умную прослойку. Не понимаю я, во что это выльется. Но история показывает нам, что элиты всегда оставались. Они просто учились управ-

лять этой толпой, необразованным народом. Для этого и нужны знания.

► **Как много времени Вы читаете? На чём сейчас сфокусировано Ваше внимание и какие книги оказали решающее значение на становление Вас как юриста и личности?**

◀ Я очень мало читаю, к сожалению, только профессиональную литературу. Всё остальное стоит и ждёт моей пенсии. Я собираю на полочке, довольно близко, есть у меня план, как у Джона Кехо, встать в 5 утра, проснуться, выпить горячей воды, сделать зарядку, посидеть помедитировать и прочитать книгу обязательно. А потом, часам к 8, потихоньку включаться в работу. Несбыточная мечта у меня пока. Есть план прийти к такой модели, вот там книжки лежат, Курпатов и другие. Я их коплю, книжки по личностному росту, интересно это. Тони Роббинса хочу прочитать, есть у него за-



СЕЙЧАС ПРОИЗОЙДЁТ РАСЩЕПЛЕНИЕ ЛЮДЕЙ НА ТЕХ, КТО, УСЛОВНО ГОВОРЯ, СЛУШАЕТ МОРГЕНШТЕРНА, И ТЕХ, КТО РЕШАЕТ ВОПРОСЫ. МЫ РАБОТАЕМ ДЛЯ ВТОРЫХ

бавные штуки. А не успеваю. Когда у тебя сегодня лекция, надо презентацию сделать в Краснодар в ночи, завтра лекции по банкротству застройщика, потом рейс в Краснодар и т.д. Ничего не успеваешь! После того, как я поступил на юрфак, я ничего не читаю из нормального художественного. Когда Карапетов успевает читать, смотреть сериалы – не знаю. Я не смотрю ни сериалы, ни фильмы толком, разве что в самолётах, да и то это раньше было, сейчас даже в самолёте работаешь. К сожалению, завидую Юлию Таю: смотрю, по театрам ходит, читает книги. Но это его фишка, ему книжки художественные нужны, чтобы выступать красиво. Как-то был во Львове давно, притащил оттуда ящик книг, распродавались на улице. Гоголя...

► **Ивана Франко?**

◀ Нет, Франко не было. В основном классика: Чехов, Гоголь, Марк Твен. Собрания сочинений. Собрал, притащил на машине. С удовольствием собираю, всё это лежит, знаю, чем буду заниматься на пенсии.

► **Какой совет Вы можете дать нашим читателям?**

◀ Надо всю жизнь развиваться, всю жизнь учиться. Это очень важно. Не думайте, что можно когда-то закончить и остановиться в этом. Не выйдет. Придёт молодая шпана и постарается сбить тебя, стереть тебя с лица земли. И ещё важно не заикливаться на юриспруденции. Тот же Юлий Тай ходит в театр, отслеживает художественную литературу. Тот же Артём Карапетов, которого интересуют происхождение Вселенной, книги о политике, экономике, познании. Роман Бевзенко с фотографией, фортепиано. И так каждый проявляет себя в чём-то. Главное – не заикливаться. И всем я советую следить за своим здоровьем. Особенно в студенчестве. Для этого надо литературу разную собирать. Я сейчас на том этапе, когда я понял, что никакие таблетки ничего общего со здоровьем не имеют. Здоровье –

это организм и иммунитет, есть куча объясняющей литературы, и это не приколы типа уринотерапии. У меня врач, очень серьёзный, к нему не попасть просто так, запись месяца на три вперёд, говорит: «Если ты будешь ложиться после десяти, то почки у тебя восстанавливаться не будут. Как хочешь. Хочешь крякнуть через пять лет, получив в них камни, – пожалуйста, но тебя предупредили». А я всю жизнь до двух ночи пытался работать. Глупость какая была! Ложись в десять, встанешь в шесть и сделаешь. Надо пытаться настраивать организм, это даст силы. По молодости это слож-



**Я БЫ ОЧЕНЬ СОВЕТОВАЛ
МОЛОДЁЖИ, ПОМИМО
ПРАВОВЫХ ВЕЩЕЙ,
ПОДУМАТЬ СЕЙЧАС
О ЗДОРОВЬЕ.
СОН, ПРАВИЛЬНАЯ ЕДА,
ЦИРКАДНЫЕ РИТМЫ
(ПОГУГЛИТЕ!), ДВИЖЕНИЕ
И РЕЛАКС. И ТОГДА
ПРИДЁТ МОЩЬ В РАБОТЕ.
ГОРЫ СВЕРНЁТЕ**

нее. В Иркутске на лекции был, туда прилетел Дмитрий Гриц, у него классное выступление, в формате КВН, держит зал, энеджер такой. При этом их рейс с Романом Бевзенко утром в день конференции посадили в Улан-Удэ, Иркутск не принимал. А я прилетел с запасом, как ветеран, надо же отдохнуть перед выступлением. А они прилетели в день форума в 10 утра, их посадили в Улан-Удэ, потом они полетели в Иркутск, потом мы выступили, потом поехали куда-то отсыпаться. А Гриц полетел в Москву обратно выступать. Но не насовсем. Потом через день

он опять прилетел, когда мы были уже на Ольхоне, и тоже выступал. И потом всю ночь трубил-зажигал, пел песни. Мне понятно, что организм имеет какие-то ресурсы. Но такая жизнь выжигает это всё, эти ресурсы. На мой взгляд, очень важно с молодого возраста их беречь, чтобы не влететь в болезни к 40 годам. Для этого надо приучить себя к таким вещам, как зарядка, движение, необходимое число шагов. Не обязательно бегать, если не лежит душа, не ломай себя, походи скандинавской ходьбой, посмотри на природу, расслабься. Я бы очень советовал молодёжи, помимо правовых вещей, подумать сейчас о здоровье. Сон, правильная еда, циркадные ритмы (погуглите!), движение и релакс. И тогда придёт мощь в работе. Горы свернёте. ■



УДК 342.95



Козырев Максим Алексеевич
(maks0770.77@mail.ru)

студент 3 курса бакалавриата
Института частного права
Московского государственного
юридического университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)

Maksim Kozyrev

3rd-year student of bachelor
program of the Private Law
Institute of the Kutafin Moscow
State Law University (MSAL)

ТЕРАПЕВТИЧЕСКОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ (ТИ) КАК МЕТОД «ЛЕГАЛИЗАЦИИ» ПРИМЕНЕНИЯ ЗАПРЕЩЕННЫХ СУБСТАНЦИЙ И МЕТОДОВ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОМ СПОРТЕ

THERAPEUTIC USE EXEMPTIONS (TUES) AS A LEGAL BASIS FOR THE USE OF PROHIBITED SUBSTANCES AND METHODS IN ELITE SPORT

АННОТАЦИЯ: Спортсмену, имеющему определенное заболевание, для лечения может потребоваться субстанция, внесенная в Запрещенный список Всемирного антидопингового агентства (ВАДА). В подобных условиях предусмотрен специальный «инструмент» – Терапевтическое использование (ТИ), который позволяет спортсмену применять такую субстанцию (или метод) на законных основаниях. В статье анализируются положения Международного стандарта по Терапевтическому использованию, а также судебная практика Спортивного арбитражного суда (CAS), связанная с критериями получения ТИ.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: допинг, ТИ, нарушение антидопинговых правил, РУСАДА, ВАДА, Спортивный арбитражный суд (CAS), спортивное право.

ANNOTATION: Due to illness or medical condition an athlete may require the use of substances which are prohibited by the World Anti-Doping Agency (WADA). In such circumstances the Therapeutic Use Exemptions (TUEs) give that athlete the legitimate right to take the needed substances or method. The paper analyses the provisions of the International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE) and relevant jurisprudence of the Court of Arbitration for Sport (CAS) regarding the criteria for the granting of a TUE.

KEYWORDS: doping, TUE, anti-doping rule violation, RUSADA, WADA, CAS, sports law.

Введение

Как известно, применение допинга признается спортивным сообществом противоречащим «духу спорта», общепризнанным принципам олимпийского движения. Очевидно, что это нашло свое отражение как на национальном¹, так и на международном² уровнях. На первый взгляд может показаться абсолютно логичным, что применение спортсменом запрещенных веществ а priori влечет за собой применение предусмотренных законодательством санкций³. Однако в профессиональном спорте предусмотрен специальный «инструмент», позволяющий применять запрещенные⁴ субстанции или методы на законных основаниях – Терапевтическое использование (далее – ТИ, TUE). Таким образом, наличие запрещенной субстанции (ее метаболитов или маркеров), и (или) использование (попытка использования), обладание или назначение (попытка назначения) запрещенной субстан-

¹ См.: Общероссийские антидопинговые правила, утв. приказом Министерства спорта России от 9 августа 2016 г. № 947 (с изменениями, вступившими в силу с 1 января 2021 года) // URL: <https://rusada.ru/documents/all-russian-anti-doping-rules/> (дата обращения: 04.07.2021).

² См.: The World Anti-Doping Code // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code> (дата обращения: 04.07.2021); International Convention against Doping in Sport // URL: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention> (дата обращения: 04.07.2021); Anti-Doping Convention (ETS № 135) // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/135> (дата обращения: 04.07.2021).

³ Например, нарушение антидопинговых правил является дополнительным основанием для прекращения трудового договора со спортсменом // См.: Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ. Ст. 348.11 // «Российская газета», 08.12.2007, № 276.

⁴ Указанные в Запрещенном списке Всемирного антидопингового агентства.

ции или запрещенного метода не должно рассматриваться в качестве нарушения антидопинговых правил, если оно соответствует условиям ТИ, выданному в соответствии с Международным стандартом по ТИ (далее – Стандарт по ТИ)⁵. Вопрос об институте ТИ, будучи лишь малой частью всего массива антидопингового законодательства, стал широко обсуждаем после появления информации, что ряд спортсменов экстра-класса на протяжении многих лет успешно пользуются предоставленной возможностью⁶. Идея о создании подобного разрешения появилась еще задолго до появления самого Всемирного антидопингового кодекса (2003 г.). Уже в конце 1980-х гг. профессор К. Фитч, ведущий эксперт по борьбе с допингом и член Медицинской комиссии Международного олимпийского комитета, стал инициатором процесса предоставления спортсменам разрешения на использование запрещенных веществ в оправданных клинических целях, связав применение запрещенных веществ с конкретными условиями, позволяющими применять их на законных основаниях. Однако кодификации и обнародования соответствующих положений не последовало⁷. Несмотря на свое довольно продолжительное существование, в настоящий момент нет единого мнения относительно целесообразности применения ТИ.

Основания приобретения ТИ. Необходимые критерии для получения спортсменом ТИ перечислены в Стандарте по ТИ. Так, для положительного результата следует соответствовать следующим условиям⁸:

1) Запрещенная субстанция или метод необходимы для лечения диагностированного заболевания, которое подтверждено соответствующими клиническими данными;

2) Данное ТИ не приведет, на основе баланса вероятности, к дополнительному улучшению спортивного результата, кроме ожидаемого возвращения спортсмена к обычному состоянию здоровья после проведенного лечения⁹. В этом аспекте интересным является решение CAS от 23 марта 2010 г. № 2009/A/1948, где рассматривался вопрос о том, является ли метопролол (бета-блокатор, снижающий ЧСС) препаратом, содействующим дополни-

тельному улучшению результатов в стрелковом спорте¹⁰;

3) Отсутствие разумной терапевтической альтернативы использованию запрещенной субстанции или метода. Всемирное антидопинговое агентство (далее – WADA) отмечает, что даже при наличии альтернативного (незапрещенного) средства лечения возможно использование вещества, внесенного в Запрещенный список WADA: например, в случае, когда

такое альтернативное средство дороже запрещенного, а также не находится в свободном доступе в отдельных странах, «здоровый смысл должен восторжествовать»¹¹. С другой стороны, такие характеристики лечения, как быстрота восстановления или эффективность медикаментов, при анализе данного пункта не всегда уместны¹²;

4) Необходимость использования запрещенной субстанции или метода не является следствием предыдущего использования (без ТИ) субстанции или метода, запрещенных на момент их использования.

НЕСМОТЯ НА СВОЕ ДОВОЛЬНО ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОЕ СУЩЕСТВОВАНИЕ, В НАСТОЯЩИЙ МОМЕНТ НЕТ ЕДИНОГО МНЕНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ТИ

⁵ The World Anti-Doping Code. Art. 4.4.1 // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code> (дата обращения: 04.07.2021).

⁶ См.: What is a TUE? 11 key questions on the Fancy Bears WADA leaks (The Guardian) // URL: <https://www.theguardian.com/sport/2016/sep/15/tue-fancy-bears-wada-leaks> (дата обращения: 04.07.2021).

⁷ Gerrard D., Pipe A. Therapeutic Use Exemptions // *Medicine and Sport Science*, 2017, 62. P. 59.

⁸ Международный стандарт по ТИ. Ст. 4.2 // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-vada/> (дата обращения: 04.07.2021).

⁹ Именно данный критерий представляется наиболее затруднительным // См.: Fitch K. Therapeutic Use Exemptions (TUEs) are essential in sport: but there is room for improvement // *British Journal of Sports Medicine*, 2020, 54. P. 191.

¹⁰ См.: CAS 2009/A/1948 Robert Berger v. World Anti-Doping Agency (WADA), award of 23 March 2010. Paras. 70-94.

¹¹ Guidelines for the International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE). P. 56 // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-0> (дата обращения: 04.07.2021).

¹² Так, в решении от 15 декабря 2017 г. № 2017/A/5061 CAS указал, что «внутривенная инъекция была осуществлена не потому, что она была единственным целесообразным методом лечения, а из-за того, что она являлась самым быстрым и эффективным способом восстановления... этот выбор был сделан не по медицинским соображениям, а по той причине, что спортсмен должен был вскоре вернуться в Европу» // См.: CAS 2017/A/5061 Samir Nasri v. UEFA, award of 15 December 2017. Para. 123.



Например, спортсмен не вправе требовать использовать тестостерон после длительного применения (злоупотребления) анаболических стероидов (без ТИ), в результате которого естественная выработка тестостерона в его организме прекратилась.

Порядок приобретения ТИ

Спортсменам национального уровня, которым необходимо получение ТИ, следует подать в Национальную антидопинговую организацию соответствующий запрос в Комитет по Терапевтическому использованию (далее – Комитет по ТИ). Комитет по ТИ рассматривает поданные запросы и принимает решение, может ли спортсмен использовать требуемую запрещенную субстанцию (или метод) в соответствии с положениями Стандарта по ТИ. Важно – ТИ, выданное Национальной антидопинговой организацией, действительно только на национальном уровне. Если спортсмен становится спортсменом международного уровня, то ему необходимо подать запрос на ТИ в свою Международную федерацию для его признания (на соот-

ветствие критериям Стандарта по ТИ)¹³.

ТИ прекращает свое действие по истечении срока, на который оно было выдано, в связи с отзывом Комитетом по ТИ, если будет установлено, что ТИ не соответствует критериям, согласно которым оно было выдано ранее, а также может быть отменено в результате пересмотра WADA.

Если Национальная антидопинговая организация отказывает в выдаче ТИ, то спортсмен вправе подать запрос в WADA о пересмотре решения. Если решение не пересмотрено WADA, то оно может быть обжаловано спортсменом в Спортивном арбитражном суде (CAS)¹⁴.

Комитет по ТИ должен состоять как минимум из трех врачей, обладающих глубокими знаниями в области спортивной медицины. С целью обеспечения объективности своих решений все члены Комитета по ТИ должны подписать декларацию об отсутствии конфликта интересов¹⁵.

При рассмотрении запроса спортсмена на получение ТИ Комитет по ТИ отвечает на следующие вопросы¹⁶:

¹³ Соответственно, если у спортсмена международного уровня нет разрешения на ТИ от Национальной антидопинговой организации, то он вправе подать запрос напрямую в Международную федерацию.

¹⁴ The World Anti-Doping Code. Art. 4.4 // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code> (дата обращения: 04.07.2021).

¹⁵ Международный стандарт по ТИ. Ст. 5.3 // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-vada/> (дата обращения: 04.07.2021).

¹⁶ Grimm K., Pillay L., Tabane C. Therapeutic Use Exemptions – Serving Athlete Patients // The South African Medical Journal, 2019, 109 (7). P. 452.

1) Имеются ли достоверные доказательства проведения соответствующих исследований, подтверждающих клинический диагноз?

2) Подтвержден ли диагноз надлежащим медицинским специалистом?

3) Будет ли отказ в удовлетворении данного запроса ставить под угрозу здоровье спортсмена?

4) Существуют ли незапрещенные (альтернативные) медицинские средства, которые могли бы быть использованы в данном случае?

5) Если да, то имеются ли подтверждающие доказательства того, что их использование было неэффективным?

6) Может ли это клиническое состояние быть результатом предыдущего использования какого-либо запрещенного вещества?

Проблема ретроактивного ТИ

Логично, что спортсмену целесообразно подавать запрос на ТИ именно до использования запрещенной субстанции или метода. Правда, это далеко не всегда возможно, особенно когда ему требуется неотложная медицинская помощь. Именно поэтому для устранения угрозы жизни спортсмену предусмотрена возможность получения ТИ уже после начала использования запрещенного вещества (но основания, перечисленные в ст. 4.2 Стандарта по ТИ, в любом случае должны быть соблюдены). Предусмотрено несколько «сценариев» такого запроса¹⁷:

1) Оказание неотложной медицинской помощи спортсмену. Так, решение CAS от 24 августа 2006 г. № 2005/A/990 содержит в себе указание на то, что инъекция нандролона была осуществлена вследствие острой сердечной недостаточности у спортсмена¹⁸;

2) Недостаточное время, возможности или иные исключительные обстоятельства, воспрепятствовавшие подаче запроса заранее. WADA приводит следующий пример: спортсмен, одержавший победу на университетских соревнованиях, прошел отбор на национальный чемпионат (впервые), который начнется 4 днями позже, однако в силу отсутствия прямого доступа ко всем необходимым документам до ближайшего соревнования подать запрос на ТИ было невозможно¹⁹;

ОДНО ИЗ ИССЛЕДОВАНИЙ, ПРОВЕДЕННОЕ СРЕДИ ДАТСКИХ СПОРТСМЕНОВ, ПОКАЗАЛО НЕУТЕШИТЕЛЬНЫЙ ФАКТ: БОЛЕЕ ПОЛОВИНЫ (51 %) ОПРОШЕННЫХ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ СПОРТСМЕНОВ СЧИТАЮТ, ЧТО ИХ ПАРТНЕРЫ ПО СБОРНОЙ ПОЛУЧАЮТ РАЗРЕШЕНИЯ НА ТИ БЕЗ НАДЛЕЖАЩЕЙ МЕДИЦИНСКОЙ НЕОБХОДИМОСТИ, ЛИБО ЖЕ СКЛОННЫ ПРЕВЫШАТЬ ДОПУСТИМУЮ ТИ ДОЗИРОВКУ ЗАПРЕЩЕННЫХ ПРЕПАРАТОВ

3) Установление приоритетов отдельных видов спорта на национальном уровне, в результате которого Национальная антидопинговая организация не разрешила или не потребовала от спортсмена подать запрос на ТИ заранее. Иными словами, спортсменов, чья деятельность не входит в разряд «приоритетных» (например, непопулярный вид спорта), вправе использовать механизм ретроактивного ТИ;

4) Спортсмен, которому требуется ТИ, не является спортсменом международного или национального уровней;

5) Использование субстанции, запрещенной только в соревновательный период, во внесоревновательный период. Например, субстанция, ее метаболиты могут быть найдены в пробе спортсмена в соревновательный период, хотя их использование имело место только во внесоревновательный период.

В исключительных случаях, независимо от соблюдения условий ст. 4.1 и 4.2 Стандарта по ТИ, учитывая цели Кодекса WADA, спортсмен может получить ретроактивное ТИ, если будет явно несправедливо отказать в предоставлении ретроактивного ТИ. С другой стороны, данная возможность должна применяться в крайне редких ситуациях, и спортсмены должны быть осведомлены об очень

¹⁷ Международный стандарт по ТИ. Ст. 4.1 // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-wada/> (дата обращения: 04.07.2021).

¹⁸ См.: CAS 2005/A/990 P. v. IJHF, award of 24 August 2006.

¹⁹ Guidelines for the International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE). P. 43 // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-0> (дата обращения: 04.07.2021).

тщательном изучении подобных заявлений²⁰. Однако в пользу спортсмена можно указать на тот факт, что Комитет по ТИ не вправе лишь констатировать отсутствие «критериев справедливости» (т.е. без ссылки на конкретные обстоятельства) в качестве объяснения причин отказа от предоставления ТИ²¹.

Общественная оценка

Как уже говорилось ранее, использование ТИ подвергается многочисленной критике²². Часть исследователей считают ТИ преимущественно политическим и правовым механизмом, в то время как должна быть ориентация, прежде всего, на здоровье спортсмена²³. С другой стороны, по мнению Д. Джеррарда (Председателя Экспертной группы WADA по ТИ), в контексте современного профессионального спорта ТИ предоставляет возможность спортсменам с реальными проблемами со здоровьем соревноваться в условиях честной и справедливой конкуренции. Кроме того, Руководящие принципы WADA олицетворяют обобщение международного опыта, тщательно уравнивая различия в региональной практике, при этом обеспечивая оправданное использование запрещенных веществ²⁴. Наличие четких критериев для приобретения ТИ не дает полноценной уверенности в том, что отсутствуют какие-либо злоупотребления данным «инструментом». Так, одно из исследований, проведенное среди датских спортсменов, показало неутешительный факт: более половины (51 %) опрошенных профессиональных спортсменов считают, что их партнеры по сборной получают

разрешения на ТИ без надлежащей медицинской необходимости, либо же склонны превышать допустимую ТИ дозировку запрещенных препаратов²⁵. Негативная оценка ТИ встречается и в автобиографиях известных в прошлом спортсменов²⁶.

Высказывания о том, что спортсмены, имеющие ТИ, явно будут превосходить своих «чистых» коллег, также не вполне основательны. Так, в период Олимпийских Игр 2010–2018 гг. спортсмены, имеющие разрешение на ТИ, завоевали лишь 21 медаль из 2062 возможных (около 1 %), что исключает прямую взаимосвязь между наличием/отсутствием у спортсмена данного разрешения и вероятностью завоевания им олимпийской медали²⁷.

Перспективы института ТИ

На наш взгляд, можно выделить три направления развития ТИ в профессиональном спорте на современном этапе. Первое (и, пожалуй, важнейшее) – предоставление спортсменам, а также их врачам более подробной информации о процессе подачи запроса на получение ТИ. Это особенно актуально в российских реалиях. Например, по данным Российского антидопингового агентства (РУСАДА), в 2019 г. агентство рассмотрело 104 запроса на ТИ²⁸, в отчете Антидопингового агентства США указаны более 600 случаев²⁹. Французское антидопинговое агентство в данный период ознакомилось с 270 запросами³⁰, Канадское – с 261 запросом³¹. Небольшое количество запросов (70) рассмотрено в Германии³². В связи с тем, что процедура подачи запроса на получение ТИ унифицирована в каждой

²⁰ Guidelines for the International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE). P. 59 // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-0> (дата обращения: 04.07.2021).

²¹ CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l'Automobile (FIA), award of 12 January 2018. Para. 121.

²² См., например: Чеботарев А. В. Теоретические аспекты антидопинговых правил в международном и национальном регулировании // Правоведение. 2018. Т. 62, № 4. С. 776.

²³ Pistiladis Y., Wang G., Lacoste A., et al. Make Sport Great Again: The Use and Abuse of the Therapeutic Use Exemptions Process // Current Sports Medicine Reports, 2017, 16 (3). P. 125.

²⁴ Gerrard D. The Use and Abuse of the Therapeutic Use Exemptions Process // Current Sports Medicine Reports, 2017, 16 (5). P. 370.

²⁵ Overbye M., Wagner U. Between medical treatment and performance of how elite athletes experience Therapeutic Use Exemptions // International Journal of Drug Policy, Volume 24, Issue 6, November 2013. P. 584.

²⁶ Например, негативную позицию относительно практики применения ТИ демонстрирует выдающаяся российская спортсменка Светлана Хоркина: «...либо отменяйте все ТИ, либо давайте возможность и другим спортсменам оперативно оформлять подобные разрешения, либо проводите для таких больных специальные соревнования, потому что с помощью такого рода исключений они однозначно получают преимущества перед другими спортсменами...» // См.: Хоркина С. В. Магия побед. – Москва: Издательство «Э», 2017. С. 28; Еще одно возможное доказатель-

ство неоднозначного использования ТИ показано в книге Д. Койла и Т. Хэмилтона (профессионального американского велосипедиста), где описывается, как врачи команды придумывали своим спортсменам «фантомные» боли в коленях и выдавали разрешения на использование соответствующих запрещенных веществ, и единственное, что оставалось спортсмену – вспомнить, какое именно колено (правое или левое) должно было болеть и перепроверить справку своего врача // См.: Coyle D., Hamilton T. The Secret Race: Inside the Hidden World of the Tour de France. Transworld Publishers, UK, 2012. P. 176–177.

²⁷ Vernec A., Healy D. Prevalence of therapeutic use exemptions at the Olympic Games and association with medals: an analysis of data from 2010 to 2018 // British Journal of Sports Medicine, 2020, 54. P. 920.

²⁸ Детальная информация по направлениям антидопинговой деятельности ПАА «РУСАДА». Сравнение показателей за периоды 2012–2015 и 2018–2019 гг. // URL: <https://rusada.ru/documents/dokumenty-rusada/> (дата обращения: 04.07.2021).

²⁹ The USADA Annual Report 2019. P. 29 // URL: <https://www.usada.org/about/annual-report/> (дата обращения: 04.07.2021).

³⁰ Rapport d'activité 2019 de l'AFLD. P. 78 // URL: https://www.aflid.fr/doc_categorie/rapports-dactivite/ (дата обращения: 04.07.2021).

³¹ The CCES Annual Report 2019–2020. P. 13 // URL: <https://cces.ca/annual-reports> (дата обращения: 04.07.2021).

³² The NADA Annual Report 2019. P. 11 // URL: <https://www.nada.de/en/service-info/annual-reports/> (дата обращения: 04.07.2021).

**БЕССПОРНО ОДНО –
СПОРТСМЕНАМ, ПРИЧЕМ
НЕ ТОЛЬКО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО
УРОВНЯ, НО И УЧЕНИКАМ
РАЗЛИЧНЫХ СПОРТИВНЫХ ШКОЛ,
НЕОБХОДИМО ПОСТОЯННО
ПОВЫШАТЬ СВОЙ УРОВЕНЬ
ЗНАНИЙ АНТИДОПИНГОВОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА,
В ТОМ ЧИСЛЕ ОТНОСИТЕЛЬНО
СУЩЕСТВОВАНИЯ МЕХАНИЗМА ТИ**

юрисдикции в соответствии с актами WADA (т.е. нет различий в данной процедуре), на первый план выдвигается именно недостаточный уровень осведомленности российских спортсменов и медицинского персонала о наличии данного «инструмента» в современном спорте. Так, по замечанию Э. Н. Безуглова, наиболее распространенной причиной отказа в предоставлении ТИ является запрос на субстанцию, которая разрешена (т.е. не входит в Запрещенный список WADA)³³.

Второе направление (правда, очень неоднозначное, поскольку затрагивается проблема конфиденциальности данных спортсмена) – повышение прозрачности процесса получения ТИ. Предполагается, что такой переход существенно затруднит незаконное использование допинга при помощи данного механизма, так как большее число лиц будет иметь доступ к медицинским данным, состоянию здоровья и веществам, используемым для лечения конкретного заболевания спортсмена. В свою очередь, это поспособствует более тщательному контролю со стороны общественности – маловероятно, что спортсмены и их врачи будут пытаться злоупотреблять ТИ³⁴. Например, А. В. Че-

ботарев предлагает делать особую отметку напротив спортсмена, использующего ТИ. При этом, по его мнению, это не будет считаться разглашением врачебной тайны³⁵. С другой стороны (что совершенно убедительно), повышение прозрачности способно создать множество дополнительных проблем для спортсмена: возможные унижения со стороны коллег, потеря доходов и даже вынужденный уход из спорта³⁶. Очевидно, что это ни в коей мере не соответствует позиции WADA и мировому мнению в целом. От спортсменов не следует требовать публиковать информацию об их ТИ, которая de facto раскрывает их заболевание, и не следует требовать публично защищать свое право на данное использование³⁷. Также идея повышения прозрачности не соответствует и Международному стандарту по защите частной жизни и личной информации³⁸, соответствующим Руководящим принципам WADA³⁹.

И, в-третьих, необходимо расширение образовательных антидопинговых программ, включая процесс подачи запроса на получение ТИ. Это, в частности, нашло свое выражение в принятии нового, ранее не существовавшего Международного стандарта по образованию⁴⁰.

В качестве еще одного направления развития ТИ можно было назвать и процесс гармонизации национальных антидопинговых стандартов. Конечно, с целью создания единообразной практики WADA издает Руководящие принципы для принятия решений Комитетами по ТИ по ряду заболеваний, например, в случае астмы, что особенно актуально для видов спорта, где выносливость является важнейшей составляющей успешного результата. Однако это, как представляется, идеальная модель, достижение которой на практике крайне маловероятно. «Гармонизация» сильно осложняется тем, что отдельные медицинские условия приобретения ТИ отличаются в зависимости от конкретного

³³ Основы антидопингового обеспечения спорта: Учеб. пособие / Колл. авт., Под ред. Э. Н. Безуглова и Е. Е. Ачкасова. М.: Спорт, 2020. С. 117.

³⁴ Cox L., Bloodworth A., McNamee M. Olympic Doping, Transparency, and the Therapeutic Exemption Process // *Diagoras: International Academic Journal on Olympic Studies*, Vol. 1, 2017. P. 62.

³⁵ Альтернативные пути противодействия допингу в спорте. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2021. С. 186.

³⁶ Cox L., Bloodworth A., McNamee M. Op. cit. P. 63.

³⁷ Therapeutic Use Exemptions: Frequently Asked Questions // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/therapeutic-use-exemptions-frequently-asked-questions> (дата обращения: 04.07.2021).

³⁸ International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information (ISPPPI) // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/data-protection/international-standard-for-the-protection-of-privacy-and-personal> (дата обращения: 04.07.2021).

³⁹ Guidelines for the 2021 International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/legal/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-the-protection-of-privacy-and> (дата обращения: 04.07.2021).

⁴⁰ Разрешение на ТИ включено в Образовательную программу // См.: Международный стандарт по образованию. Ст. 5.2 // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-vada/> (дата обращения: 04.07.2021).

государства или даже его составных частей. Например, диагностика и лечение синдрома дефицита внимания и гиперактивности существенно отличается в пределах отдельных штатов США⁴¹. Кроме того, метилфенидат⁴², назначаемый врачами для лечения данного заболевания, не зарегистрирован в Российской Федерации в качестве лекарственного средства.

Заключение

В целом, мы придерживаемся позиции, согласно которой институт ТИ служит гарантией права спортсмена на полноценное участие в мировом спортивном движении. Критерии для получения данного разрешения не являются такими элементарными, какими они могут показаться на первый взгляд. Так,

для приобретения ретроактивного ТИ необходимо соответствие не только четырем критериям «проспективного» (т.е. предварительного, заблаговременного) ТИ, перечисленным в ст. 4.2 Стандарта по ТИ, но и любого одного условия (которое в ряде ситуаций довольно проблематично доказать), указанного в ст. 4.1. В свою очередь, это дает некоторые основания полагать, что действующий порядок предоставления ретроактивного ТИ не в полной мере обеспечивает право спортсмена на медицинскую помощь⁴³. Бесспорно одно – спортсменам, причем не только профессионального уровня, но и ученикам различных спортивных школ, необходимо постоянно повышать свой уровень знаний антидопингового законодательства, в том числе относительно существования механизма ТИ⁴⁴.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Альтернативные пути противодействия допингу в спорте. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2021. – 247 с.
2. Основы антидопингового обеспечения спорта: Учеб. пособие / Колл. авт., Под ред. Э. Н. Безуглова и Е. Е. Ачкасова. М.: Спорт, 2020. – 288 с.
3. Хоркина С. В. Магия побед. – Москва: Издательство «Э», 2017. – 432 с.
4. Чеботарев А. В. Теоретические аспекты антидопинговых правил в международном и национальном регулировании // Правоведение. 2018. Т. 62, № 4. – С. 765-778.
5. Coyle D., Hamilton. T. The Secret Race: Inside the Hidden World of the Tour de France. Transworld Publishers, UK, 2012. – 384 p.
6. Cox L., Bloodworth A., McNamee M. Olympic Doping, Transparency, and the Therapeutic Exemption Process // Diagoras: International Academic Journal on Olympic Studies, Vol. 1, 2017. – P. 55-74.
7. Fitch K. Therapeutic Use Exemptions (TUEs) are essential in sport: but there is room for improvement // British Journal of Sports Medicine, 2020, 54. – P. 191-192.
8. Gerrard D., Pipe A. Therapeutic Use Exemptions // Medicine and Sport Science, 2017, 62. – P. 55-67.
9. Gerrard D. The Use and Abuse of the Therapeutic Use Exemptions Process // Current Sports Medicine Reports, 2017, 16 (5). – P. 370.

10. Greene P., Kaiser M. How athletes' rights can be better protected when it comes to retroactive Therapeutic Use Exemptions // The International Sports Law Journal, 2019, 19. – P. 29-37.
11. Grimm K., Pillay L., Tabane C. Therapeutic Use Exemptions – Serving Athlete Patients // The South African Medical Journal, 2019, 109 (7). – P. 452.
12. Overbye M., Wagner U. Between medical treatment and performance of how elite athletes experience Therapeutic Use Exemptions // International Journal of Drug Policy, Volume 24, Issue 6, November 2013. – P. 579-588.
13. Pistiladis Y., Wang G., Lacoste A., et al. Make Sport Great Again: The Use and Abuse of the Therapeutic Use Exemptions Process // Current Sports Medicine Reports, 2017, 16 (3). – P. 123-125.
14. Vernec A., Healy D. Prevalence of therapeutic use exemptions at the Olympic Games and association with medals: an analysis of data from 2010 to 2018 // British Journal of Sports Medicine, 2020, 54. – P. 920-924.

Нормативно-правовые акты:

15. The World Anti-Doping Code // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code> (дата обращения: 04.07.2021).
16. International Convention against Doping in Sport // URL: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention> (дата обращения: 04.07.2021).

⁴¹ Overbye M., Wagner U. Op. cit. P. 586.

⁴² Используемый, например, многократной олимпийской чемпионкой Симоной Байлз // См.: Bravo, Simone Biles, for taking a stand against ADHD stigma // URL: https://www.espn.com/espn/voices/story/_/id/17602540/bravo-simone-biles-taking-stand-adhd-stigma (дата обращения: 04.07.2021).

⁴³ Greene P., Kaiser M. How athletes' rights can be better protected when it comes to retroactive Therapeutic Use Exemptions // The International Sports Law Journal, 2019, 19. P. 29.

⁴⁴ См., например, решение CAS от 15 декабря 2015 г. № 2017/A/5317, где спортсмен по причине плохого осведомления о положениях антидопингового законодательства (включая ТИ) не знал о возможности подачи запроса на ретроактивное ТИ (хотя имел на это право), и, как следствие, был дисквалифицирован на 6 месяцев // См.: CAS 2017/A/5317 Aleksei Medvedev v. Russian Anti-Doping Agency (RUSADA), award of 15 December 2015.

17. Anti-Doping Convention (ETS № 135) // URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/135> (дата обращения: 04.07.2021).
18. Международный стандарт по ТИ // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-vada/> (дата обращения: 04.07.2021).
19. Guidelines for the International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE) // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-0> (дата обращения: 04.07.2021).
20. International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information (ISPPPI) // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/data-protection/international-standard-for-the-protection-of-privacy-and-personal> (дата обращения: 04.07.2021).
21. Guidelines for the 2021 International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/legal/guidelines-for-the-2021-international-standard-for-the-protection-of-privacy-and> (дата обращения: 04.07.2021).
22. Международный стандарт по образованию // URL: <https://rusada.ru/documents/kodeks-i-drugie-mezhdunarodnye-standarty-vada/> (дата обращения: 04.07.2021).
23. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // «Российская газета», 08.12.2007, № 276.
24. Общероссийские антидопинговые правила, утв. приказом Министерства спорта России от 9 августа 2016 г. № 947 (с изменениями, вступившими в силу с 1 января 2021 года) // URL: <https://rusada.ru/documents/all-russian-anti-doping-rules/> (дата обращения: 04.07.2021).
25. CAS 2005/A/990 P. v. IJHF, award of 24 August 2006.
26. CAS 2009/A/1948 Robert Berger v. World Anti-Doping Agency (WADA), award of 23 March 2010.
27. CAS 2017/A/5317 Aleksei Medvedev v. Russian Anti-Doping Agency (RUSADA), award of 15 December 2015.
28. CAS 2017/A/5061 Samir Nasri v. UEFA, award of 15 December 2017.
29. CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l'Automobile (FIA), award of 12 January 2018.

Электронные ресурсы:

30. Детальная информация по направлениям антидопинговой деятельности РАА «РУСАДА». Сравнение показателей за периоды 2012-2015 и 2018-2019 гг. // URL: <https://rusada.ru/documents/dokumenty-rusada/> (дата обращения: 04.07.2021).
31. Rapport d'activité 2019 de l'AFLD // URL: https://www.aflld.fr/doc_categorie/rapports-dactivite/ (дата обращения: 04.07.2021).
32. The CCES Annual Report 2019-2020 // URL: <https://cces.ca/annual-reports> (дата обращения: 04.07.2021).
33. The NADA Annual Report 2019 // URL: <https://www.nada.de/en/service-info/annual-reports/> (дата обращения: 04.07.2021).
34. The USADA Annual Report 2019 // URL: <https://www.usada.org/about/annual-report/> (дата обращения: 04.07.2021).
35. Therapeutic Use Exemptions: Frequently Asked Questions // URL: <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/therapeutic-use-exemptions-frequently-asked-questions> (дата обращения: 04.07.2021).
36. What is a TUE? 11 key questions on the Fancy Bears WADA leaks (The Guardian) // URL: <https://www.theguardian.com/sport/2016/sep/15/tue-fancy-bears-wada-leaks> (дата обращения: 04.07.2021).
37. Bravo, Simone Biles, for taking a stand against ADHD stigma // URL: https://www.espn.com/espnw/voices/story/_/id/17602540/bravo-simone-biles-taking-stand-adhd-stigma (дата обращения: 04.07.2021).

Судебная практика:

25. CAS 2005/A/990 P. v. IJHF, award of 24 August 2006.
26. CAS 2009/A/1948 Robert Berger v. World Anti-Doping Agency (WADA), award of 23 March 2010.



УДК 341.9



Кирилина Алёна Андреевна
(kirilina.hse@gmail.com)

Студент 1 курса магистратуры
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Alena Kirilina

1st – year student of Master
program National Research
University «Higher School of
Economics», Faculty of Law

«LEX MERCATORIA: HISTORY, PRESENT AND THE FUTURE»

ANNOTATION: the relevance of the article is substantiated by the increasingly frequent use of the lex mercatoria concept at the third stage of its development by market participants as a potential alternative to national legal order. The frequency of using the concept is due to the desire of the parties to legal relations to move away from their regulation of commercial relations through state law. In the article, the author traces the stages of development of the concept of lex mercatoria from its inception to the present, analyzes the potential for the development of the concept as an alternative to state law. The author comes to the conclusion that lex mercatoria may become an alternative to national legal systems in the future, but now the concept is not autonomous, and states indirectly influence its development and application.

KEYWORDS: *lex mercatoria, history of development of lex mercatoria, private international law, alternative legal order.*

АННОТАЦИЯ: актуальность статьи обосновывается все более частым использованием концепции lex mercatoria на третьем этапе ее развития участниками рыночных отношений как потенциально альтернативой национальным правовым порядкам. Частота использования концепции обусловлена желанием сторон правоотношений отойти от государственного регулирования коммерческих отношений. В статье автор прослеживает этапы развития концепции lex mercatoria от ее зарождения и до настоящего времени, анализирует потенциал её развития как альтернативы государственному праву. Автор приходит к выводу, что lex mercatoria может стать альтернативой национальным правовым системам в будущем, но сейчас концепция не является автономной, и государства опосредованно оказывают влияние на ее развитие и применение.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: *lex mercatoria, история развития lex mercatoria, международное частное право, альтернативный правовой порядок.*

The concept of lex mercatoria has long been known to the legal world. According to some sources, the history of lex mercatoria has more than 900 years¹. Then lex mercatoria had another name – «merchant law». With regard to the emergence of state sovereignty, the concept of lex mercatoria has somewhat lost its popularity. The revival of the concept in its modern sense took place in the 20th century.

The desire of the parties to regulate trade relations by law without reference to a specific national legal order is natural. International treaties are not always the best way to regulate trade relations, since they are valid only for the states that have ratified them, and if the parties referred to them when concluding an agreement with each other. Moreover, their regulation cannot cover all the specifics of trade relations. In general, there are not many global international treaties. Not all the countries participate in them. This fact creates further complications related to the choice of law to which legal relations are subject.

In connection with these processes, the legal community and the business community turned their attention to the lex mercatoria concept. Gradually, the number of studies of this concept began to grow, since it is a qualitative alternative to the national legal regulation of economic relations of subjects with a foreign element. Thus, theories have appeared that consider lex mercatoria as an autonomous legal

¹ Органический закон 15/1999 от 13 декабря о защите личных данных. 1999 г. // URL: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1999/BOE-A-1999-23750-consolidado.pdf> (Дата обращения: 22.06.2021).

² Закон 41/2002 от 14 ноября, регулирующий права и обязанности пациентов в отношении клинической информации и документации. 2002 г. // URL: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l41-2002.html (Дата обращения: 19.06.2021).

³ Закон 14/2007 от 3 июля о биомедицинских исследованиях. 2007 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/Ley_Investigacion_Biomedica.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).

⁴ Королевский указ 1716/2011 от 18 ноября. 2011 г. // URL: https://www.isciii.es/QueHacemos/Financiacion/solicitudes/Documents/RD_1716_2011.pdf (Дата обращения: 15.06.2021).

MEDIEVAL MERCHANT LAW ORIGINATED FROM CUSTOMARY LAW, INCLUDED THE CUSTOMS OF TRADE, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND HAD NO STATE REGULATION. MOREOVER, IT WAS NOT AN INDEPENDENT AUTONOMOUS LAW OF THE MERCHANTS LIKE CANON LAW. MEDIEVAL MERCHANT LAW, UNLIKE MODERN LEX MERCATORIA, WAS FORMED SPONTANEOUSLY

system that is an alternative to state systems in the field of regulation of international commercial relations.

The purpose of this work is to trace the development of the concept of *lex mercatoria* from its emergence to our times, to determine whether *lex mercatoria* has the opportunity to become an alternative legal system in the future.

The objectives for the achievement of this goal are the following ones:

- 1) To analyze the history of the development of the concept;
- 2) To determine the main stages of its development;
- 3) To identify the sources of *lex mercatoria* in modern law;
- 4) To determine options for the future development of the *lex mercatoria* concept.

Let us start with the history of the *lex mercatoria* concept. The beginning of the formation of the concept of *lex mercatoria*, according to one of the doctrinal theories, relates to the heyday of Roman private law. This position is supported by B. Goldman². According to Goldman, the roots of the «new *lex mercatoria*» lie in the «famous Roman *jus gentium*,» which is viewed as «an autonomous source of law inherent in economic relations (*commercium*) between citizens and foreigners (*peregrine*)»³. N. Karsakova supports his position⁴.

However, there is a slightly different theory, which is more popular. According to it, the concept of *lex mer-*

catoria dates back to the Middle Ages. It has been especially developed in England due to the geographical location of this country. Its insular character implies a high need for trade with other states, since the economic benefits of the island were limited. Thus, the first stage in the development of the *lex mercatoria* concept is the formation of «merchant law» in medieval England. N. Vilkova defines merchant law as «a set of truly international trade customs that regulated the cosmopolitan community of merchants who traveled from port to port and from fair to fair»⁵. R. Michaels understands medieval merchant law as «a set of international norms and procedural principles established for trade in relative autonomy from states» and identifies it as the first stage in the development of the modern concept of *lex mercatoria*⁶.

Merchant law was not completely autonomous from the state. A number of authors indicate that the earliest mention of merchant law is contained in the «Red Book of Bristol». The year of its publication is 1280. It says that the commercial law comes from the market and at the same time states that commercial law is separated from the common law⁷. The merchants of the medieval England, according to the records of the medieval fair court of St Eves, were subject to the local laws and customs of trade⁸. The disputes arising from commercial legal relations were resolved in various port and fair courts. The jurisprudence did not set precedents, but adhered to similar positions in certain commercial disputes. This can be explained by the fact that gradually, with the development of merchant law, legal customs of trade penetrated into new territories through the interaction of subjects of commercial relations. Thus, medieval merchant law originated from customary law, included the customs of trade, general principles of law and had no state regulation. Moreover, it was not an independent autonomous law of the merchants like canon law. Medieval merchant law, unlike modern *lex mercatoria*, was formed spontaneously.

Gradually, with the development of the theory of state sovereignty, the concept of merchant law moves aside. Later, it ceases to be applied at all.

However, the times are changing. In the 19th century, the need to regulate private relations with the norms of

² Goldman D.B. *Lex mercatoria*. Boston: Kluwer, 1983.

³ Karsakova N.A. *Lex mercatoria theory in legal doctrine and practice: dis. ...* Candidate of Sciences in Jurisprudence 12.00.03. Moscow, 2006. P. 29.

⁴ Ibid.

⁵ Vilkova I.G. Historical aspects of the unification of the law of international contracts // *Economy and law*. 1995. No. 6. P. 140.

⁶ R. Michaels. *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* // *Duke Law School Faculty Scholarship Series*. 2007. P. 448.

⁷ R. Michaels. *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State* // *Duke Law School Faculty Scholarship Series*. 2007. P. 453.

⁸ Majorina M.V. *Lex mercatoria – a medieval myth or a phenomenon of globalization?* // *Right. Journal of the Higher School of Economics*. 2017. No. 1. P. 6.



non-state law began to appear. Gradually, appear the precedents, that cancel the theory of absolute immunity of the state, as well as the international treaties and international organizations that regulate private legal relations.

The next stage in the development of *lex mercatoria* is the formation of the concept of «new *lex mercatoria*». Its appearance relates to the middle of the 20th century.

According to some scientists, including K.P. Berger⁹, in the late 1950s and early 1960s, the French comparativist B. Goldman revived the concept of transnational commercial law in an article about the nationality of the Suez Canal Company. B. Goldman defined *lex mercatoria* as a set of general principles and customs that spontaneously arise or develop in the field of international trade without reference to any national system of law¹⁰. This set is separated from domestic legal systems and goes beyond the competence of national legislators, which is limited by the territory of the respective jurisdiction¹¹. F. Fouchard, F. Kahn, J. Stuffle supported and developed Goldman's idea in the fields of international commercial arbitration and international contract law¹².

According to L. Yves Fortier, at the beginning of the 21st century, the concept of “new new *lex mercatoria*”

was formed, which can be considered the third stage in the development of *lex mercatoria*. He defines it as moving from an amorphous and flexible law to an established system of law with codified legal norms, such as the UNIDROIT principles, and to legalized international arbitration¹³. This approach is still being discussed by scientists. However, it is not widely used.

One of the most difficult problems in studying the concept of *lex mercatoria* is the uncertainty of its sources. During the Middle Ages, the main sources of *lex mercatoria* were the customs of trade, common law and general principles of law such as good faith, fairness and freedom of contract. Nowadays, the list of sources for *lex mercatoria* has expanded significantly. Its expansion is mainly associated with the processes of globalization, the complication of the nature of transnational trade.

Some authors do not highlight the sources of *lex mercatoria*, speaking only about elements or tools. This happens due to the fact that they view *lex mercatoria* as a method of resolving disputes using the rules that are established in the process of comparative legal analysis. O. Lando adheres to this position. He names the following elements of *lex mercatoria*: rules of public international

⁹ Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, London, Boston 1999.

¹⁰ Goldman D.B. *The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria* // *Contemporary Problems in International Arbitration* / J.D.M. Lew (ed.). Center for Commercial Law Studies, 1986. P. 116. See also: Asoskov A.V. *Conflict regulation of contractual obligations*. Moscow: Infotropic Media, 2012.

¹¹ Berger, Klaus Peter, *The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law*.

¹² Merezko A.A. *UNIDROIT principles. Lex Mercatoria* // *Private International Law: Textbook*: In 2 volumes / Ex. ed. S.N. Lebedev, E.V. Kabatov. Moscow: Statut, 2011. Vol. 1: General part. P. 170 - 172.

¹³ L. Yves Fortier. *The New, New Lex Mercatoria, or, Back To The Future*. *ARBITRATION INTERNATIONAL*, Vol. 17, No. 2. 2001.

law, international trade customs and practices, model contracts, and the practice of international arbitration¹⁴.

B. Goldman, speaking about the sources of *lex mercatoria*, refers to them the independent transnational norms, generally accepted principles of law, international trade customs and practices, model contracts and the practice of international arbitration¹⁵.

I.V. Getman-Pavlova states the following acts that are part of *lex mercatoria*:

- the codification of the international chamber of commerce (they represent a holistic codification of customs);
- resolutions and recommendations¹⁶.

One of the main sources of *lex mercatoria* is the customs of international trade. A. Goldstein calls them “the core of *lex mercatoria*”¹⁷. International trade custom can be defined as the well-known and uniform rules of conduct of subjects of legal relations, which have long been established and have been continuously applied in international trade for a long time.

Customs are mainly used to increase the economic efficiency of trade. In this regard, as Karsakova A.N. points out, with the contradiction of national legislation and customs, the practice of domestic courts follows the path of recognizing that the customs of trade have greater legal force. This is confirmed by the decision of the court of the International Chamber of Commerce¹⁸. In this decision, the court applied international trade customs as an integral part of *lex mercatoria* instead of national legislation, since national legislation provides a period that is too short for inspecting the delivered goods – the fact which does not correspond to generally accepted trade customs. «The application of an international unified act begins where customs ends,» noted L. Rexi¹⁹.

In connection with the tendencies towards the unification of international trade law, acts have emerged that informally codify it. One of these acts is the result of the work of the International Institute for the Unification of Private Law (hereinafter – «UNIDROIT») – the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994. Another example of an attempt of codification is the Principles of European Contract Law.

The next source is the general principles of law. The

most famous reference to the general principles of law may be found in Article 38 of the 1945 Statute of the International Court of Justice. According to this article, the International Court of Justice, along with conventions and customs, applies «general principles of law recognized by civilized nations»²⁰. This may lead to the conclusion that initially the concept of «general principles of law» appeared in international law, and only later began to be used as a source of *lex mercatoria*.

In relation to the *lex mercatoria* theory, the general principles of law are used by some authors as a source and as a kind of norms that make up its content. More popular is considered the approach that relates the general principles of law to the sources of *lex mercatoria*, since the general principles are formed on the basis of a comparison of the principles of national legal systems. This is the reason why they cannot be related to the norms and principles of *lex mercatoria*, since the latter are shaped by the international trading community.

Most scientists single out the decisions of international arbitration as one of the sources of *lex mercatoria*. As far as the history of medieval merchant law is concerned, it is worth noting that one of its sources was the decisions of fair courts. Some of the customs and practices of medieval international trade began to emerge through the formation of the positions of the fair courts on resolvable disputes. Medieval fairground courts have greatly influenced the formation of modern merchant courts.

Today, international disputes which are related to commercial relations can be resolved in international commercial arbitration. Why the practice of international arbitration can be attributed to the sources of *lex mercatoria*? Firstly, due to the fact that the arbitrators in the award provide reasonable conclusions that reflect commercial practice, they form a common practice among international arbitrators. Secondly, some of the decisions of international arbitrations are published for general access and familiarization, in connection with which interested parties have the opportunity to familiarize themselves with the texts and apply the logic of the arbitrators' arguments. Through such actions of the courts, prescribed by international regulations, they, it

¹⁴ O. Lando. The Law Applicable to the Merits of the Dispute.

¹⁵ B. Goldman. *Lex mercatoria*. Boston: Kluwer, 1983.

¹⁶ Getman-Pavlova I.V. Private international law. In 3 volumes: textbook for undergraduate and graduate programs. V. 1. General part. V. 2. A special part. V. 3. Material-procedural and procedural branches. Moscow: Yurayt, 2016. P. 85-89.

¹⁷ A. Goldstajn. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures. Chapter 3 / E.

¹⁸ ICC Case No. 5713/1989

¹⁹ Raczei L. The Field of Application and the Rules of Interpretation of ULIS and UNCITRAL Conventions // *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*. 1982. № 24. P. 179.

²⁰ Statute of the International Court of Justice 1945 // United Nations URL: Statute <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml> (date accessed: 15.11.2021).

can be said, form the caselaw for the use of *lex mercatoria*. In this regard, a new concept appeared in the classical theory of *lex mercatoria* – «*lex mercatoria arbitralis*», which can be defined as the case law for the application of *lex mercatoria*, but it is not generally recognized.

It is necessary to briefly refer to the question of whether international treaties are the source of *lex mercatoria* or not. In our opinion, they are not. Any international treaty is primarily an expression of the will of the states that sign and ratify it. This means that international treaties are not autonomous from the national legal orders.

Thus, at the moment there is no consensus among scientists regarding the sources of *lex mercatoria*. This is also influenced by the lack of the unified approach to the definition of the concept of *lex mercatoria*.

Now a popular debate is whether *lex mercatoria* is an alternative, third legal order along with the state and international? The answer to this question depends on the views on law in general. From the point of view of positivism, *lex mercatoria* is not an alternative legal order as *lex mercatoria* is not supported by the power of state sovereignty, does not have a definite territory to which the norms of *lex mercatoria* could be applied. Arbitral awards, made on the basis of *lex mercatoria*, are not enforceable by the state. However, there are also arguments supporting the following thesis: «*lex mercatoria* as an alternative legal order». Such an argument may be the fact that states as subjects of private legal relations do not seek to obey the will of other states (their legal order)²¹.

What is the meaning of *lex mercatoria* nowadays? Is there a possibility that *lex mercatoria* can be identified as a separate alternative autonomous legal system?

Currently, there is no direct recognition of *lex mercatoria* as an alternative legal system by the regulatory

legal acts of the states. Nevertheless, states and national legal systems recognize *lex mercatoria* indirectly through the enforcement of international commercial arbitration awards in which the *lex mercatoria* rules have been applied.

For example, at the universal level, the UNIDROIT principles are the materialization of *lex mercatoria*. They are widely used by arbitration tribunals to resolve disputes. For example, in case No. 4/2014 of October 1, 2015, the arbitral tribunal considered it expedient to use the UNIDROIT Principles to interpret the provisions of Russian substantive law in the context of the international nature of the dispute²². Likewise, the UNIDROIT Principles were applied by the arbitrators in case No. 193/2013 dated July 3, 2014²³.

The current form of *lex mercatoria* and the approaches to its definition are very different from the previous stages in the development of the concept. It is currently not possible to define *lex mercatoria* as an autonomous legal system. Nevertheless, there is a dynamic growth in the use of *lex mercatoria* by national courts, international commercial arbitration continues to shape the practice of using *lex mercatoria*. For example, there is a separate practice

of using *lex mercatoria* in the resolution of disputes in the field of intellectual property of the national courts of Russia. The possibility of applying *lex mercatoria* is secured through the principle of autonomy of will, which is expressed in the right of the parties to a legal relationship to choose the law applicable to their legal relationship. Thus, the Intellectual Property Court of the Russian Federation, in its judgment No. A40-56928 / 2004 of July 2, 2014, indicated that the parties can choose the law applicable to their legal relationship in accordance with Art. 1210 of the Civil Code of the Russian Federation²⁴. The older case of the Federal Arbitration Court of the Moscow District

THE POSSIBILITY OF APPLYING LEX MERCATORIA IS SECURED THROUGH THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF WILL, WHICH IS EXPRESSED IN THE RIGHT OF THE PARTIES TO A LEGAL RELATIONSHIP TO CHOOSE THE LAW APPLICABLE TO THEIR LEGAL RELATIONSHIP

²¹ Moses M.L. *Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge University Press, 2008. P. 62.

²² ICAC at the RF CCI: 2004–2016. To the 85th anniversary of the ICAC (based on anonymized materials from the magazines *Practice «International Commercial Arbitration»* and *«International Commercial Arbitration Bulletin»*) / Scientific. ed. and comp.: A.N. Zhiltsov, A.I. Muranov; Foreword: A.S. Komarov; Ed.: P.D. Savkin; ICAC at the RF CCI; Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev; private and civil law depart. named after S.N. Lebedev Moscow

State Institute of International Relations of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation – M.: Association of Researchers of Private International and Comparative Law, 2017. – 1565 p.

²³ Ibid.

²⁴ Resolution of the Intellectual Property Court dated 02.07.2014 No. C01-471 / 2014 in case No. A40-56928/2004 // URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1cef5d15-a8ae-4f04-82a4-2e9839b8d19b/5e1915ae-7899-49f4-bb64-3c46d24f46e8/A40-56928-2004_20140702_poReshendfija=True. Date of access: 15.11.2021.

dated June 10, 2002 No. KG-A40 / 3481-02²⁵ may serve as the similar example. Non-state codification of customs and principles of international trade is actively used by subjects of commercial legal relations. Supporters of the concept of «lex mercatoria as an alternative legal system» create specialized databases. So, at the moment one of these bases is Trans-Lex founded by Klaus Peter Berger²⁶.

Thus, we have traced the development of the lex mercatoria concept from its emergence as a merchant law to our time. We have outlined the main problems of the lex mercatoria concept at the present stage. Potentially, lex mercatoria as an alternative legal system has a chance for its development in the future, but now there is no full autonomy of lex mercatoria.



BIBLIOGRAPHIC LIST

Normative acts:

1. Statute of the International Court of Justice 1945 // United Nations URL: Statute <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml> (date accessed: 15.11.2021).
2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. URL: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (date accessed: 15.11.2021).
3. "Civil Code of the Russian Federation (part three)" dated 26.11.2001 N 146-FZ (as amended on 15.11.2021).

Arbitrage practice:

4. ICC Case No. 5713/1989.
5. Award of the ICAC at the RF CCI No. 4/2014 dated October 1, 2015.
6. Award of the ICAC at the RF CCI No. 193/2013 dated July 3, 2014.
7. Resolution of the Intellectual Property Court dated 02.07.2014 No. C01-471 / 2014 in case No. A40-56928/2004.
8. Resolution of the Federal Antimonopoly Service of the Moscow District of 10.06.2002 N KG-A40 / 3481-02.

Specialized literature in Russian:

9. Asoskov A.V. Conflict regulation of contractual obligations. Moscow: Infotropic Media, 2012.
10. Vilkova IG Historical aspects of the unification of the law of international contracts // Economy and law. 1995. No. 6.
11. Getman-Pavlova IV International private law. In 3 volumes: textbook for undergraduate and graduate programs. T. 1. General part. T. Special part. T. 3. Material-procedural and procedural branches. M.: Yurayt, 2016.
12. ICAC at the RF CCI: 2004–2016. To the 85th anniversary of the ICAC (based on anonymized materials from the magazines Practice "International Commercial Arbitration" and "International Commercial Arbitration Bulletin") / Scientific. ed. and comp.: A.N. Zhiltsov, A.I. Muranov; Foreword: A.S. Komarov; Ed.: P.D. Savkin; ICAC at the RF CCI; Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev; private and civil law depart. named after S.N. Lebedev Moscow State Institute of International Rela-

tions of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation - M.: Association of Researchers of Private International and Comparative Law, 2017

13. Karsakova N.A. Lex mercatoria theory in legal doctrine and practice: dis. ... Candidate of Sciences in Jurisprudence: 12.00.03. M., 2006.
14. Majorina M.V. Lex mercatoria - a medieval myth or a phenomenon of globalization? // Right. Journal of the Higher School of Economics. 2017. No. 1.
15. Merezko A.A. UNIDROIT principles. Lex Mercatoria // Private International Law: Textbook: In 2 volumes / Otv. ed. S.N. Lebedev, E.V. Kabatov. M.: Statut, 2011. Vol. 1: General part.

Specialized literature in foreign languages:

16. Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston 1999.
17. Berger, Klaus Peter, The New Law Merchant and the Global Market Place - A 21st Century View of Transnational Commercial Law.
18. Goldstajn A. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures. Chapter 3 / E.
19. Goldman D.B. Globalization and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority. Cambridge, 2007.
20. Goldman D.B. Lex mercatoria. Boston: Kluwer, 1983.
21. Goldman D.B. The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria // Contemporary Problems in International Arbitration / J.D.M. Lew (ed.). Center for Commercial Law Studies, 1986.
22. Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State // Duke Law School Faculty Scholarship Series. 2007.
23. Moses M.L. Principles and Practice of International Commercial Arbitration. Cambridge University Press, 2008.
24. L. Yves Fortier. The New, New Lex Mercatoria, or, Back To The Future. ARBITRATION INTERNATIONAL, Vol. 17, No. 2001.
25. Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute.
26. Raczei L. The Field of Application and the Rules of Interpretation of ULIS and UNCITRAL Conventions // Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae. 1982. No. 24.

²⁵ Resolution of the Federal Antimonopoly Service of the Moscow District of 10.06.2002 N KG-A40 / 3481-02.

²⁶ Trans-Lex.Org. Date Views 06.11.2021 translex.uni-koeln.de.

АЛЕКСАНДР КОЗЫРИН: «МЕНЯ НЕ ПУГАЛИ ТРУДНОСТИ»

Александр Козырин,
магистр частного права (РШЧП),
аспирант УрГЮУ,
младший юрист Коллегии
адвокатов «Регионсервис»

— Александр, расскажи, почему ты решил идти работать в консалтинг?

— Наверное, я пришел к этому постепенно. В студенческие годы мне нравилось отстаивать дискуссионные позиции. Я участвовал в некотором количестве Моделей ООН и муткортов, писал статьи на студенческие конференции. И в дальнейшем мне показалась логичной мысль, что нужно искать работу именно в консалтинге, поскольку там можно прийти к той же степени вовлеченности в отстаивании дискуссионных позиций. В итоге так и получилось — работать очень интересно, хотя работа и то, что было в учебные годы, представляют собой два разных мира.

— Ты уже четыре года, еще со времен бакалавриата, работаешь в сфере юридической журналистики. Почему тебе интересна блогосфера наряду с работой в консалтинге?

— У юридической журналистики есть интересная особенность: статьи, материалы, интервью, которые выходят в этой сфере, в основном состоят из дискуссий юристов, а дискуссии были всегда мне интересны.



Я хорошо помню эмоции, когда начал читать Закон.ру: как интересно, – думал я, – люди каждый день ведут профессиональные обсуждения, это позволяет получать новые знания, улучшать навыки, просто общаться – хорошо во всех смыслах!

Но вести обсуждения и писать материалы – это одно. Осуществлять деятельность СМИ – более масштабная задача, я попробовал себя в этом благодаря научному проекту, который создал директор нашего института. Могу сказать так: работа в сфере журналистики позволяет совмещать изучение юридического контента с организаторской работой, которая похожа на то, что делают предприниматели. Это свой необычный мир, и в России он довольно молодой, поэтому было к тому же приятно стать одним из первопроходцев.

Наконец, не стоит забывать о социальной значимости работы, которую ты делаешь. В этом плане, когда мы с коллегами выпускаем интервью или статьи, мы делаем то же, что уже достаточно долго делают популяризаторы физики, истории и других наук. Возможность (как бы это пафосно ни прозвучало, но это так) сделать мир чуть-чуть лучше, будучи еще студентом, показалась мне заманчивой.

– Если посмотреть на твои публикации: наверное, 90 % из них посвящены цифровизации – почти все: от небольших заметок в юридических журналах до магистерской диссертации. Как получилось, что ты выбрал такое направление, которое, в сущности, находится на стыке права и других наук?

– Возможно, роль сыграло то обстоятельство, что в начале обучения я интересовался литературой по философии. Потом, когда началось гражданское право (здесь очень повезло с преподавателями), мы изучали его с параллельным анализом междисциплинарных проблем. Услов-

но: смотрим судебную практику по деликтам, скажем, дело «Бомарше», потом рассуждаем: а как позиция повлияет на гражданский оборот, как с точки зрения политики права, как соотносится с идеями экономического анализа.

Поэтому для меня не было чем-то странным или слишком абстрактным начать писать научные статьи об объектах гражданских прав в виртуальном пространстве. Сейчас с точки зрения практики я понимаю, что дел, где эта тема затрагивается, довольно мало. Но объективно – тема объектов гражданских прав должна изучаться с обращением к другим наукам: иначе

этот вопрос останется в науке гражданского права затвердевшим в догматике, не учитывающим то, как меняется общество.

Потом в 2019 году в ГК РФ появилась ст. 141.1, посвященная цифровым правам – законодатель дал отклик на проблему регулирования оборота виртуальных объектов гражданских прав. Но именно юристы-ученые анализировали проблему первыми, и в том числе для этого прибегали к междисциплинарности. Мне самому было интересно писать об этом, чтобы попробо-

вать разобраться.

Поэтому выбирать направления исследований на стыке наук необходимо, иначе право не успеет сработать там, где должно, в частности, «не утонит» за событиями в виртуальной реальности.

– К слову о виртуальной реальности и действии правового регулирования в ее пределах: расскажи немного, что думаешь об идеях более масштабного погружения людей в виртуальную реальность, например, о проекте «метавселенной» Цукерберга?

– Хм. Где-то на просторах этих наших Интернетов я нашел статью с хорошим термином, который подходит к идее Цукерберга – «цифровой феодализм».



**НЕ СТОИТ ЗАБЫВАТЬ
О СОЦИАЛЬНОЙ
ЗНАЧИМОСТИ РАБОТЫ,
КОТОРУЮ ТЫ ДЕЛАЕШЬ.
В ЭТОМ ПЛАНЕ, КОГДА МЫ
С КОЛЛЕГАМИ ВЫПУСКАЕМ
ИНТЕРВЬЮ ИЛИ СТАТЬИ,
МЫ ДЕЛАЕМ ТО ЖЕ, ЧТО УЖЕ
ДОСТАТОЧНО ДОЛГО ДЕЛАЮТ
ПОПУЛЯРИЗАТОРЫ ФИЗИКИ,
ИСТОРИИ И ДРУГИХ НАУК**

Начну с главного плюса современной виртуальной реальности: она пока что может быть индивидуальной для каждого. Человек может купить игру от Ubisoft, а может от Blizzard. Может вообще созвониться в Discord и поиграть с друзьями в онлайн-монополию. Это виртуальные миры каждого человека, индивидуальный выбор, за который ценят и любят Интернет.

Но идея Цукерберга предполагает, что виртуальная реальность будет контролироваться из одного центра. При этом предполагается, что увеличится степень вовлеченности людей: сейчас мы итак уже едва можем существовать без мессенджеров и социальных сетей, а предполагается, что в виртуальной реальности люди будут еще больше отвлечены от реального мира. То есть, по сути, не то, что предоставят часть информации о частной жизни, а полностью сами «нырнут» в эту виртуальную реальность.

На мой взгляд, эта идея таит в себе такие колоссальные риски нарушения прав человека. Они настолько серьезные, что многие проблемы современности покажутся нам смешными. Обозначу один из главных рисков: на примерах современных социальных сетей, интернет-магазинов и онлайн-игр ярко видно, что происходящее там регулируется внутренними правилами, которые установил правообладатель, а вовсе не нормами права. Правила могут быть произвольными, и в том числе могут противоречить нормам права, даже самым фундаментальным. Собственно, по этой причине так удачен термин «цифровой феодализм». Поэтому нужна конструктивная критика этой идеи.

– Сейчас ты уже практикующий в сфере частного права юрист, при этом продолжаешь работать в юридическом журнале – получается, что ты сталкиваешься по работе и с практикой, и с наукой. Насколько применима научная юриспруденция на практике?

– В том-то и состоит, на мой взгляд, одна из главных проблем российского правопорядка: есть устойчивая тенденция отделять научную юриспруденцию от практики. Реалии таковы, что применить научные концепции, сослаться на актуальную статью, использовать юридическую компаративистику – все это довольно сложно в повседневной практике. Стоит сразу учитывать,

что жаркие дискуссии о содержании принципа добросовестности, видах убытков, эстоппеле, научных концепциях справедливости не перейдут вместе с вами из университета в суд и в ваши процессуальные документы. Это тоже есть, но значительно больше придется работать, например, с доказательственной базой.

Можно в целом констатировать, что есть некоторое разделение: научные кафедры в университетах существуют отдельно, законодатели отдельно, правоприменители отдельно. Это проблема, ведь как раз-таки усилия ученых-юристов направлены на улучшение права – плоды этой деятельности могут использоваться всеми остальными представителями профессии. Но пока проблема остается.

Впрочем, есть и попытки ее решить. Например, порой, особенно в арбитражных судах, можно увидеть практику, когда в качестве доказательств к материалам дела приобщаются заключения ученых-юристов.

– Какую роль книги играют в становлении юриста? Какие книги больше всего оказали влияние на становление твоего юридического мышления?

– Прежде всего, книги играют роль одной из первых и самых важных ступенек обучения – чтение учит воспринимать и использовать сложные массивы текста. В этом смысле хорошо, когда человек любит читать художественную литературу, это пригодится как один из soft skills.

Кроме того, книги, если говорить именно о научной юридической литературе, а не об учебниках, позволяют взглянуть на проблему нетривиально. Тем, кто больше любит теорию, это позволит дополнить свою картину мира, тем, кто больше любит практику – найти альтернативное решение. Наверное, расскажу секрет Полишинеля, но для выигрыша серьезных дел юрист должен предлагать то, что сложно – за простые решения в современном прагматичном мире мало платят. Бэкграунд из прочитанных книг позволяет находить такие сложные решения.

Пожалуй, назову четыре книги: «О духе законов» Шарля Монтескье, «Понятие права» Герберта Харта, «Основные проблемы гражданского права» Иосифа Алексеевича Покровского и «Бегство от свободы» Эриха Фромма. Думаю, эти

книги помогли мне увидеть роль права в обществе более комплексно.

– Как ты оцениваешь состояние российского юридического образования сегодня?

– Смотря какой из двух аспектов образования мы оцениваем: то есть имеем ли мы в виду образование только как систему обучения или мы говорим об образовании в качестве социального лифта и механизма приобщения к профессиональной среде.

На мой взгляд, в России то юридическое образование, которое полностью равно обучению, находится на достаточно высоком уровне. Есть известные всем университеты с именем, научными школами. Есть прекрасные частные проекты: всем известны примеры М-Логос или Закон.ру, и развиваются новые, в том числе юридические научные журналы. Безусловно, есть и много проблем: например, формат научных конференций, который превратился в чтение разрозненных докладов по три минуты или попытки студентов получать публикации в РИНЦ «для галочки» – много всего. Но в целом, что называется, «ищите и обрящите»: получить хороший багаж юридических знаний более чем реально.

Но если оценивать, насколько наше юридическое образование помогает прийти в профессию, – к сожалению, мало. Мне приходит на ум сцена из книги Алексея Иванова «Географ глобус пропил»: когда Служкин шел со школьниками в поход, и во время первого заплыва по реке он не вмешивался в то, как они вели лодку. При этом живописный момент: ученики гребут, а он молча размышляет, мол, он хотел бы быть таким учителем, который позволит ученикам самим разбираться, каким образом и куда плыть.

Эта сцена могла бы стать хорошей иллюстрацией к вопросу. Да, можно получить хорошие

знания. Но надо понимать, что система российского юридического образования «подаст весло» и не будет объяснять, куда ты плывешь и зачем. По факту последствием этого является частый уход людей в другие профессии после учебы. Или еще одним, более грустным последствием этой же проблемы является излишний позитивизм отечественных правоприменителей: ведь когда ты приходишь в профессию случайно, велик риск, что у тебя не возникнет по-

нимания, как работает система в целом. А значит, можно относиться к праву как к формальному набору правил и не разбираться дальше.

Хотя есть исключения. Например, вызывает оптимизм муткортное движение, поскольку на муткортах можно выиграть стажировки в юридических фирмах, и получается, что человек выкладывается, понимая, ради чего. Возможно, подобные инициативы смогут переломить ситуацию, посмотрим.



**ЖАРКИЕ ДИСКУССИИ
О СОДЕРЖАНИИ ПРИНЦИПА
ДОБРОСОВЕСТНОСТИ, ВИДАХ
УБЫТКОВ, ЭСТОППЕЛЕ,
НАУЧНЫХ КОНЦЕПЦИЯХ
СПРАВЕДЛИВОСТИ
НЕ ПЕРЕЙДУТ ВМЕСТЕ
С ВАМИ ИЗ УНИВЕРСИТЕТА
В СУД И В ВАШИ
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ
ДОКУМЕНТЫ**

– Что можешь посоветовать тем, кто только начинает свое юридическое образование или планирует продолжить его в магистратуре?

– Попробую дать совет, который, может быть, не универсален, но он, по-моему, актуален прямо здесь и сейчас. Я хотел бы посоветовать четко и ясно оценить, что нужно лично вам в перспективе ближайших лет и как это соотносится с юридической профессией. Если более емко: оцените, что нужно изучать для достижения ваших результатов.

Дело в том, что, если ты высококлассный юрист, теоретически ты можешь соприкоснуться в жизни с наукой, с хайповыми технологиями, с бизнесом, с решением социальных проблем, со строительством, со спортом – любые двери открыты. Самореализуйся как душе угодно.

Но это теоретически. Ситуация уже сильно изменилась с момента, когда я начинал учиться. В 2010-х многие в целом и приходили в юридические университеты с такой идеей: мол, вот, мы изучали гуманитарные предметы в школе, и теперь нужна база, чтобы потом найти со временем свою дверь к успеху.

Сейчас острее становится вопрос замены права техническими алгоритмами. Проблема производства юристов дает о себе знать. Люди валом продолжают поступать, многим нужен только диплом, но, когда это продолжается уже второй десяток лет, система начинает сбоить — и молодые выпускники массово, что называется, ходят под риском однажды понять, что шесть лет обучения потрачены впустую.

Да и в целом, есть много явлений, которые сводят к нулю ценность профессионального труда. Вот пример, который я привожу в публикациях: раз-решение споров на онлайн платформах или в государственных органах через технические сервисы (штрафы за нарушение ПДД или рассмотрение споров потребителей со страховыми компаниями через сайт финансового уполномоченного — не суть). Когда споры рассматриваются такими техническими способами, там нет ни обмена доказательствами, ни оценки позиции сторон, ни возможности толком оспорить решение — его приняли, и все, едем дальше. И где здесь могут быть применены профессиональные знания? К сожалению, мало где.

Хотя при полноценном судебном разбирательстве права всех участников процесса гарантируются гораздо больше, но, увы, такая техническая замена правосудия сейчас в тренде. И на практике, к сожалению, можно столкнуться с

тем, что судьи не оценивают ссылки на судебную практику, даже на позиции Верховного Суда, не дают мотивированной оценки доказательствам. Стоит надеяться, что в судебной системе эту проблему можно решить, но, как должны понимать начинающие юристы, им придется очень много сталкиваться с ситуациями, когда результат никак не будет зависеть от того, насколько они хорошие юристы.

Поэтому оценивайте, как достичь вашего результата, ищите, за счет чего будете выигрывать, и лучше не ограничивайтесь только юриспруденцией.



**КОГДА СПОРЫ
РАССМАТРИВАЮТСЯ
ТАКИМИ ТЕХНИЧЕСКИМИ
СПОСОБАМИ, ТАМ
НЕТ НИ ОБМЕНА
ДОКАЗАТЕЛЬСТВАМИ,
НИ ОЦЕНКИ ПОЗИЦИИ
СТОРОН, НИ ВОЗМОЖНОСТИ
ТОЛКОМ ОСПОРИТЬ
РЕШЕНИЕ — ЕГО ПРИНЯЛИ,
И ВСЕ, ЕДЕМ ДАЛЬШЕ.
И ГДЕ ЗДЕСЬ МОГУТ
БЫТЬ ПРИМЕНЕНЫ
ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ
ЗНАНИЯ? К СОЖАЛЕНИЮ,
МАЛО ГДЕ**

— Многие к концу бакалавриата/магистратуры и после первого трудового опыта разочаровываются в юриспруденции, в праве. Не было ли у тебя такого чувства?

— Скажу так: юридическая работа, если посмотреть на нее с точки зрения жизненного выбора, — это самый захватывающий и интересный выбор, который я сделал. Меня не пугали трудности, которые начинающий юрист обязательно должен пройти, это даже добавляло некоторый азарт.

Но я понимаю, почему так часто возникает проблема разочарования. Современный начинающий

юрист должен прилагать большой объем усилий, чтобы не остаться «разочарованным».

Он должен развивать стрессоустойчивость, продолжать самообразование, мониторить, как меняется профессия, чтобы вдруг не остаться без работы из-за цифровизации, — и делать все эти вещи постоянно.

Поэтому еще раз посоветую тем читателям, кто только начинает юридический путь: выбирайте цели в профессии с умом и, что называется, «оценивайте риски».



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.

Помощники главного редактора: Климанов Е.И.,
Коротченкова М.В., Антропова А.В., Остапова А.Л.

Редакционная коллегия: Ермошин П.Ю., Кирилина
А.А., Пьянкова А.Ф., Косцов В.Н., Козырин А.А.,
Зальцзейлер Л., Волос А.А.

Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.

Свидетельство о регистрации СМИ:

ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599

Журнал индексируется в РИНЦ: ID 75439

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