

# President Law Journal

## БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ

★ с Ириной  
Александровной  
Емелькиной

44

■ **ДОГОВОРЫ С ЗАЩИТНЫМ  
ЭФФЕКТОМ В ПОЛЬЗУ  
ТРЕТЬИХ ЛИЦ:** ПОДХОД  
РОССИЙСКОГО ПРАВА

4

■ **ПРОБЛЕМА  
КВАЛИФИКАЦИИ ТЕЛА  
И ЕГО ЧАСТЕЙ**  
В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ  
ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

20

■ **КОРЕЛЛЯЦИОННОЕ  
СУБОРДИНИРОВАНИЕ**  
КАК НЕГАТИВНАЯ ТЕНДЕНЦИЯ  
НОВЕЙШЕЙ ПРАКТИКИ  
КОНКУРСНОЙ  
ОТВЕТСТВЕННОСТИ

30

■ **ПРИРОДА ЭСТОППЕЛЯ**  
И НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ  
ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ

56

■ **СЧАСТЬЕ МОЖНО  
НАЙТИ** ДАЖЕ В САМЫЕ  
ТЕМНЫЕ ВРЕМЕНА

92



РАНХиГС

ИНСТИТУТ  
БЕЗОПАСНОСТИ

АКАДЕМИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ



**Иванова Татьяна Николаевна,**  
научный  
руководитель  
журнала



**Киктенко Константин Геннадьевич,**  
главный редактор  
журнала

**М**ы рады представить первый выпуск *President Law Journal* в 2022 году. И прежде чем мы перейдем к содержанию номера, мы сообщим некоторые новости журнала за прошедшее время.

Во-первых, мы рады, что к команде редакционной коллегии журнала присоединились А.А. Костин (кандидат юридических наук, доцент ИЦЧП, старший научный сотрудник, основатель фирмы K-Legal), Д.Г. Копылов (кандидат юридических наук, доцент кафедры корпоративного права факультета права МВШСЭН, ассистент кафедры предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова, магистр корпоративного права Cambridge University), а также М.В. Кича, кандидат юридических наук, преподаватель РГУП при Верховном суде РФ, автор ряда книг о Ближнем Востоке.

Во-вторых, совсем скоро будет опубликована первая книга *President Law Journal* «Знаковые решения Верховного суда США и Палаты Лордов Великобритании», которую подготовили авторы и создатели журнала.

Теперь немного о содержании выпуска. Отдельно хотим отметить несколько работ, приятно удививших редакционную коллегию журнала. Замечательная статья доктора юридических наук, профессора М.В. Телюкиной про корреляционное субординирование раскрывает наиболее актуальные проблемы, возникающие на практике. Исследование Г.С. Блинова посвящено довольно дискуссионной проблеме определения тела человека и его частей в качестве объектов гражданских прав. А.Г. Кудряшова написала интересное сравнение российского и международного опыта правил тонкой капитализации. С.Р. Бузиков представил оригинальный взгляд на договоры с защитным эффектом в пользу третьих лиц.

В рамках «Большого интервью» Константин Киктенко беседовал с доктором юридических наук, профессором И.А. Емелькиной о вещном праве и введении поправок в ГК РФ, магистерских программах, образовании в СССР и сегодня. Видеозапись беседы можно найти в наших социальных сетях.

Алёна Кирилина взяла интервью у Софьи Смирновой, младшего партнера адвокатского бюро ЗКС, из него Вы узнаете о карьерных траекториях адвоката по уголовным делам.

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

# СОДЕРЖАНИЕ

## ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Договоры с защитным эффектом в пользу третьих лиц: подход российского права.  
Contracts with protective effect in favor of third parties: russian law approach.  
**Автор:** Бузиков Сергей Русланович
- 12** Стандарты доказывания в делах о несостоятельности (банкротстве).  
Standards of proof in insolvency (bankruptcy) cases.  
**Автор:** Кормич Павел Андреевич
- 20** Проблема квалификации тела и его частей в качестве объектов гражданских прав.  
The problem of qualification of the human body and its parts as objects of civil rights.  
**Автор:** Блинов Глеб Сергеевич
- 30** Корреляционное субординирование как негативная тенденция новейшей практики конкурсной ответственности  
Correlation subordination as a negative trend of the recent practice of competitive liability  
**Автор:** Телюкина Марина Викторовна
- 37** Правовая природа компенсации, выплачиваемой при переходе спортсмена в другой футбольный клуб.  
The legal nature of the compensation paid in case of athlete's transfer to another football club.  
**Автор:** Мореева Юлия Дмитриевна

## ИНТЕРВЬЮ

- 44** Большое интервью с Ириной Александровной Емелькиной.  
**Беседовал** Константин Киктенко

## ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 56** Природа эстоппеля и новые горизонты его применения.  
The legal nature of estoppel and the new horizons for its application.  
**Автор:** Свистов Артем Александрович
- 65** Правила тонкой капитализации: опыт россии и зарубежных стран.  
Thin capitalization rules: the experience of russia and foreign countries.  
**Автор:** Кудряшова Анастасия Геннадьевна
- 76** Проблемы развития электронного голосования в Российской Федерации и зарубежных странах.  
Problems of development of electronic voting in the Russian Federation and foreign countries.  
**Автор:** Соколова Алина Сергеевна

## ВЫПУСКНИК ЮРФАКА

- 92** Софья Смирнова: «Счастье можно найти даже в самые темные времена».  
**Беседовала** Алёна Кирилина

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., Чистяков  
А.О., Суховская А.А.

**Редакционная коллегия:**

Волос А.А., Ермошин П.Ю., Зальцзейлер  
Л. Кирилина А.А., Кича М.В., Козырин  
А.А., Копылов Д.Г., Костин А.А., Косцов  
В.Н., Пьянкова А.Ф. Хапаев И.М.

**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 347.44



**Бузиков Сергей Русланович**  
([srbuzikov@edu.hse.ru](mailto:srbuzikov@edu.hse.ru))

студент 4 курса факультета права  
НИУ ВШЭ (Москва)

**Sergei Buzikov**

4th year student of Law Faculty,  
National Research University  
Higher School of Economics

**Научный руководитель:**

**Тай Марина Анатольевна**

к.ю.н., старший преподаватель  
факультета права НИУ ВШЭ

**Academic supervisor:**

**Marina Tay**

Ph.D. in Law, senior teacher of the HSE  
Law Faculty

## ДОГОВОРЫ С ЗАЩИТНЫМ ЭФФЕКТОМ В ПОЛЬЗУ ТРЕТЬИХ ЛИЦ: ПОДХОД РОССИЙСКОГО ПРАВА

## CONTRACTS WITH PROTECTIVE EFFECT IN FAVOR OF THIRD PARTIES: RUSSIAN LAW APPROACH

**АННОТАЦИЯ:** В статье анализируется правовой режим договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц применительно к российскому правопорядку. Рассматриваются различные системы построения деликтного права и делается вывод о наличии предпосылок существования договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц. Описываются основные доводы в пользу применения указанного института. Дается анализ правоприменительной практики и делается предположение о наличии у гарантийных обязательств свойств договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *договоры с защитным эффектом в пользу третьих лиц, принцип сингулярного и генерального деликта, гарантийные обязательства застройщика, охранительные обязанности.*

**ANNOTATION:** The article analyzes the legal regime of contracts with protective effect in favor of third parties as applied to the Russian law. Author considers different systems of tort law and makes the conclusion as to the existence of prerequisites for the existence of contracts with the protective effect in favor of third parties. Further there is a description of the main arguments in favor of the application of this institution. The analysis of law practice is given and the assumption is made about the existence of guarantee obligations features of contracts with the protective effect in favor of third parties.

**KEYWORDS:** *contracts with the protective effect in favor of third parties, principle of singular and general tort, developer's guarantee obligations, protective duties.*

Возникновение концепции договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц связывается с пробелами, изначально присущими позитивному правовому регулированию, Bürgerliches Gesetzbuch (далее – BGB), которые и привели к ряду проблем, в частности в сфере деликтного права<sup>1</sup>, окончательно назревших к началу XX в.

Представим следующую ситуацию. Ребенок живет с родителями в доме, который они арендуют. Ребенок падает с лестницы, поскольку арендодатель вымыл ее недолжным образом. При применении доктрины генерального деликта ребенок (разумеется, через законных представителей) может обратиться с деликтным иском к арендодателю. Но в немецком правопорядке в описанной ситуации будет применен институт договора с защитным эффектом для третьего лица (так называемого Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, далее – ДЗТ), из которого у ребенка появляется (квази-)договорное требование к арендодателю. В такой ситуации родитель будет являться кредитором, арендодатель – должником. Ребенку отдана роль третьего лица, попадающего под «защитный зонтик» ДЗТ.

ДЗТ не закреплен в BGB в качестве отдельного вида договора. В то же время гражданское законодательство основывается на признании необходимости беспрепятственного осуществления и восстановления нарушенных гражданских прав, возможности их судебной

<sup>1</sup> Бибикина Е.В. Договор в пользу третьего лица в российском и европейском частном праве: сравнительно-правовой обзор // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 12. С. 115.

защиты. Поэтому судебная практика, стремясь выработать механизм восстановления нарушенного права, и разработала ДЗТ для восполнения пробелов деликтного законодательства.

Германская доктрина уже достаточно давно выделяет в обязательственном правоотношении поведенческие (охранительные) обязанности, а российская – относительно недавно. Сущностью таких обязанностей является защита прав и прочих правовых благ противной стороны соглашения (лично-правовой и имущественно-правовой status quo)<sup>2</sup>. Данные охранительные обязанности выходят за рамки деликтной ответственности и поэтому обязывают к усиленной защите прав и интересов друг друга<sup>3</sup>.

Договор, помимо прочего, создает обязанности взаимного уважения интересов всех участников оборота (что несколько выходит за рамки обычного понимания принципа относительности обязательства), подталкивает к такому поведению, которое можно ожидать среди честных и лояльно думающих деловых партнеров<sup>4</sup>. Нарушение подобных обязанностей влечет такие серьезные последствия (например, отказ в защите нарушенного права и возмещение убытков пострадавшему лицу)<sup>5</sup>.

Охранительные обязанности возникают вследствие нарушения, не связанного с переходом имущества потерпевшего к нарушителю: экономическим благом, которое нарушитель обязан перенести в имущественно-правовую сферу потерпевшего, последний до допущенного в отношении его нарушения не обладал<sup>6</sup>.

В определенных случаях предъявить требование из нарушения охранительных договорных обязан-

ностей может не только сторона договора, но и любое третье лицо, которое имеет интерес в надлежащем исполнении обязательства<sup>7</sup>.

Так, допустим, эксперт-строитель (А) по заказу продавца (Б) подготовил отчет о строительном состоянии и стоимости здания. Б использовал этот отчет для продажи дома покупателю (В). Ответственность Б перед покупателем была ограничена. Впоследствии в здании выявились серьезные дефекты. В обратился с иском к А.

Если суд признает, что договору между А и Б имманентно свойственен ряд охранительных обязанностей (то, что В находится в пределах «защитного зон-

тика» договора), то суд также признает и право В на взыскание убытков<sup>8</sup>. Очевидно, что между А и В отсутствуют обязательственные отношения. Более того, деяние А также не подпадает под перечень защищаемых деликтным правом ценностей. Тем не менее имущественная сфера В уменьшилась из-за противоправных действий А, поэтому В обладает определенным родом интересом на взыскание убытков.

В целом, договоры с защитным эффектом в пользу третьих лиц следуют простой ло-

гике: раз деликтными требованиями восстановить нарушенные права граждан не представляется возможным, права участников оборота могут быть также защищены посредством договорных требований, если мы несколько расширительно будем толковать законодательство.

Соответственно, адаптируя немецкий опыт на «русскую почву», мы должны исходить из того, что использование данного института должно являться обоснованным и необходимым с точки зрения применения равной меры к равным правоотношениям<sup>9</sup>,

**В ОПРЕДЕЛЕННЫХ  
СЛУЧАЯХ ПРЕДЪЯВИТЬ  
ТРЕБОВАНИЕ ИЗ НАРУШЕНИЯ  
ОХРАНИТЕЛЬНЫХ  
ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ  
МОЖЕТ НЕ ТОЛЬКО  
СТОРОНА ДОГОВОРА,  
НО И ЛЮБОЕ ТРЕТЬЕ ЛИЦО,  
КОТОРОЕ ИМЕЕТ ИНТЕРЕС  
В НАДЛЕЖАЩЕМ  
ИСПОЛНЕНИИ  
ОБЯЗАТЕЛЬСТВА**

<sup>2</sup> Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241-274 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>3</sup> Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М.: Статут, 2019. 278 с. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> Егоров А.В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal Insight. 2013. № 2. С. 4-10.

<sup>5</sup> Козина А.Е. Анализ практики применения п. 3 ст. 307 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. С. 174-177.

<sup>6</sup> Груздев В.В. Виды обязательств в российском гражданском праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2020. № 1. С. 74-80.

<sup>7</sup> Нам К.В. Повседневная преддоговорная ответственность и договор с защитным эффектом в пользу третьего лица. Решение Верховного суда Германии от 28.01.1976 VIII ZR 246/77 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 36.

<sup>8</sup> Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. 2019. № 3. С. 47-50.

<sup>9</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 492-493.

справедливого разрешения казусов. Избегая слепого подражания блеску немецкой цивилистической догматике<sup>10</sup>, в настоящей части исследования будет предпринята попытка провести политико-правовых обоснований существования института именно применительно к российскому праву, показать его сравнительные преимущества и конкретные выражения в тексте закона либо в судебной практике.

### Политико-правовые обоснования существования института

Как было отмечено выше, договоры с защитным эффектом в пользу третьего лица используются в Германии для того, чтобы ликвидировать пробелы в деликтном праве, построенном по «модели защищаемых благ». Однако гражданское право знает и иной подход: условно «французский» принцип генерального деликта<sup>11</sup>, в соответствии с которым любое действие человека, причиняющее другому вред, обязывает лицо, виновное в его причинении, этот вред возместить (art. 1382 Code Civil).

Таким образом, соотношение моделей можно описать следующим образом. Представим, есть три окружности: маленького, среднего и большого диаметра. При этом маленькая и большая расширяются и уменьшаются соответственно по направлению к средней. При таком раскладе движущиеся окружности – немецкая и французская модель, а средняя – восстановление нарушенного интереса. Немецкая система изначально ограничена, поэтому старается всячески расширить свое содержание, в том числе посредством создания охранительного эффекта в пользу третьих лиц. Напротив, французский генеральный деликт неоправданно широкий, поэтому нуждается в ограничении<sup>12</sup>.

А.Э. Евстигнеев отмечает, что российская деликтная модель не соответствует ни одной черте, которая свойственна правопорядкам, использующим

генеральный деликт, выделяя среди таковых следующие: определение судебной практикой перечня случаев, когда причиненный вред должен быть компенсирован; наличие большого числа случаев, когда вред должен быть компенсирован причинителем вреда; большее доверие к суду и его компетенции, чем к законодателю<sup>13</sup>.

Формально-юридическое толкование закона также подталкивает к сходным заключениям. Так, в соответствии с ГК возмещается вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица (ст. 1064 ГК), а также кредитором по требованию о взыскании убытков является лицо, право которого нарушено (ст. 15 ГК)<sup>14</sup>. Более того, несмотря на наличие общих правил возмещения вреда, применение которых необходимо в пробельных и пограничных случаях, в соответствующей главе ГК максимально полно охвачены типичные случаи причинения вреда<sup>15</sup>, что существенно сужает «поле деятельности» суда.

Наиболее ярко это «сужение» видно в делах о взыскании так называемых «чисто экономических убытков». Суды трактуют положения п. 1 ст. 1064 ГК очень узко, указывая, что «вред, причиненный личности или имуществу» следует читать как «вред абсолютным правам». Эта же позиция была высказана в одном из дел Верховного Суда<sup>16</sup> и закреплена на уровне абстрактного правила в п. 40 Обзора практики № 3 за 2018 г. Следовательно, так как для взыскания внедоговорного вреда необходимо нарушение абсолютного права потерпевшего, это серьезно сближает российское деликтное право с немецкой моделью сингулярного деликта.

Тем не менее нельзя не отметить, что в примере то же время тот же самый Верховный Суд расширительно растолковал общие положения деликтного права, в частности в деле «Бомарше»<sup>17</sup> и «Магадан-Тест»<sup>18</sup>, серьезно пошатнув пронемецкие

<sup>10</sup> Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 227 - 288.

<sup>11</sup> В противовес немецкому сингулярному деликту. См., подр.: Копяков А.А. Проблема возмещения чистых экономических убытков в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2020. № 1. С. 146-196.

<sup>12</sup> Ягельницкий А.А. О тенденциях... С. 50.

<sup>13</sup> Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. № 4. С. 45-83; № 5. С. 55-84. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>14</sup> Ягельницкий А.А. О тенденциях... С. 49-50.

<sup>15</sup> Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта...

<sup>16</sup> Речь идет про Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 по делу А57-15013/2016.

<sup>17</sup> ВС признал за лицом, заключившим недействительный договор купли-продажи будущей недвижимости, деликтный иск к застройщику, создавшему видимость наличия права на эту будущую недвижимость у лица, которое якобы передало это право истцу. См., подр.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 22 мая 2017 г. по делу № 303-ЭС16-19319 по делу А51-273/2015.

<sup>18</sup> Орган по сертификации выдал неверный сертификат об экологическом классе транспортного средства, а лицо, получившее транспортное средство от продавца, в последующем не смогло использовать его ввиду запрета со стороны ГИБДД. Лицо, неверно сертифицировавшее транспортное средство, было признано обязанным возместить убытки последнему приобретателю. См., подр.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 по делу А57-15013/2016; Ягельницкий А.А. Ответственность за недостоверное заявление. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 8. С. 27-38.

позиции ряда российских «деликтников». На этом основании многие российские правоведы, скорее, сходятся на том, что система деликтной защиты, закрепленная в российском праве, не может быть однозначно отнесена к какой-либо классической модели<sup>19</sup>, представляя собой нечто среднее.

Тем не менее даже в «усредненном» положении, перенимая германский опыт, российский правопорядок не содержит принципиальных возражений против предоставления обязательствам охранного эффекта против третьих лиц. Напротив, из-за приоритета компенсации нарушения именно исключительных прав использование договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц может быть полезно, о чем будет сказано далее.

### **О преимуществах использования договоров с защитным эффектом в пользу третьего лица по российскому праву**

И договор с защитным эффектом в пользу третьих лиц, и генеральный деликт, – оба института направлены на защиту лиц, пострадавших от бездоговорных противоправных деяний.

Однако использование генерального деликта таит ряд внезапных неприятностей. Следует начать с позиции Р. Иеринга, возражающего против чрезмерного расширения сферы применения деликтного иска. Так, он указывал, что «одно неосторожное высказывание, одно упоминание какого-нибудь слуха, одна неверная новость, один плохой совет, одно необоснованное суждение <...> обязывало бы к возмещению причиненных убытков <...> [что стало бы] проклятием для общения и установления отношений, вся непринужденность разговора исчезла бы, самое безобидное слово превратилось бы в петлю!»<sup>20</sup>

Это согласуется с особенностями генерального деликта, то есть формального допущения возмещения любого виновно причиненного вреда. Можно представить ситуацию, когда при исполнении договора что-то, что не соответствует действительности, будет сказано *obiter dictum*. Это никак не отразится на контрагенте, однако при передаче сведений эта

**ТЕМ НЕ МЕНЕЕ ДАЖЕ  
В «УСРЕДНЕННОМ» ПОЛОЖЕНИИ,  
ПЕРЕНИМАЯ ГЕРМАНСКИЙ  
ОПЫТ, РОССИЙСКИЙ  
ПРАВОПОРЯДОК НЕ СОДЕРЖИТ  
ПРИНЦИПИАЛЬНЫХ ВОЗРАЖЕНИЙ  
ПРОТИВ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ  
ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМ ОХРАННОГО  
ЭФФЕКТА ПРОТИВ ТРЕТЬИХ ЛИЦ.  
НАПРОТИВ, ИЗ-ЗА ПРИОРИТЕТА  
КОМПЕНСАЦИИ НАРУШЕНИЯ  
ИМЕННО ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ  
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДОГОВОРОВ  
С ЗАЩИТНЫМ ЭФФЕКТОМ В ПОЛЬЗУ  
ТРЕТЬИХ ЛИЦ МОЖЕТ БЫТЬ ПОЛЕЗНО,  
О ЧЕМ БУДЕТ СКАЗАНО ДАЛЕЕ**

информация поспособствует уменьшению имущественной сферы третьего лица. То есть первоначальное лицо насильно окажется втянутым в правоотношения, без выражения на то своей воли. Более того, страх предъявления требований о возмещении вреда «за неосторожное слово» значительно ограничивает участников гражданского оборота в переговорах, возлагает на них дополнительные риски<sup>21</sup>.

Использование деликтного иска зачастую приводило бы к несправедливым результатам. Так, достигнутые между сторонами соглашения не имели бы ровно никакого значения. Например, в договоре могут быть предусмотрены положения о порядке разрешения споров, применимом праве. В.А. Короткова указывает, что, к примеру, обязательство генерального подрядчика перед заказчиком представляло собой обязательство по достижении результата, в то время как обязательство субподрядчика перед генподрядчиком – лишь по приложению максимальных усилий<sup>22</sup>. То есть при предоставлении деликтного иска заказчику напрямую к субподрядчику все эти положения нивелируются.

<sup>19</sup> Копяков А.А. Проблема возмещения...; Ягельницкий А.А. О тенденциях... С. 54-55.

<sup>20</sup> Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. № 3. С. 201.

<sup>21</sup> Правда, указанные требования уравниваются принципом неконкуренции договорного и деликтного требований (принцип *pop-cumuli*) См., подр: Короткова В.А. Чисто экономический вред, возникающий при исполнении договора строительного

подряда // Опыт цивилистического исследования: сборник статей / И.И. Акимова, В.А. Волгина, А.А. Громов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербачев. М: Статут, 2019. Вып. 3: специальный выпуск к юбилею профессора Евгения Алексеевича Суханова. 376 с.

<sup>22</sup> Короткова В.А. Чисто экономический вред...



На основании вышеизложенного становится очевидно, что последовательное следование доктрине генерального деликта нарушает основополагающий принцип гражданского права – принцип свободы договора.

Более того, преимуществом договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц являются различные условия наступления гражданско-правовой ответственности за нарушение договора и совершение деликта.

Известно, что лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (п. 2 ст. 1064 ГК). Ответственность независимо от вины предусматривается лишь в ограниченном количестве случаев (п. 1 ст. 1070, ст. 1079, ст. 1095 ГК). В то же время применительно к ответственности за нарушение обязательств, сопряженных с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности, действует иное правило – гражданско-правовая ответственность наступает независимо от вины. Эта особенность российского права<sup>23</sup> благоприятствует применению концепции договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц.

Соответственно, строгая ответственность должника, не исполнившего надлежащим образом свое обязательство, что повлекло убытки третьего лица, более отвечает целям защиты интереса потерпевшей стороны. Прежде всего это связано с тем, что потерпевший крайне ограничен в возможности доказывания наличия оснований, послуживших основанием причинения вреда.

Возьмем классический пример обязательства с охранительным эффектом в пользу третьих лиц из практики Верховного Суда ФРГ и рассмотрим его применительно к российской действительности. Арендодатель (А1) и арендатор (Б1) заключили договор аренды нежилого помещения для коммерческих целей. Спустя время произошла замена собственника помещения (арендодателя А2), а затем – арендатора (Б2). С согласия Б2 в нежилом помещении третье лицо (В) разместило свое имущество. Из-за непригодности помещения (незаблокированная старая дымовая труба, расположенная близко к деревянному полу) имущество В сгорело при пожаре<sup>24</sup>.

В случае, если мы придерживаемся доктрины генерального деликта, А2 не лишается возможности привести соответствующие доводы, свидетельствующие об отсутствии вины. И, скорее всего, отсутствие вины

<sup>23</sup> BGB и Code Civile не предусматривают различных правил применения гражданско-правовой ответственности в зависимости от субъектного состава правоотношения (§276 BGB, ст. 1147 Code Civile).

<sup>24</sup> BGHZ 49, 350 // dejure.org (URL: <https://clck.ru/YW5Zc>) (дата обращения: 22.03.2022).

## ДОГОВОР ДОЛЕВОГО УЧАСТИЯ В СТРОИТЕЛЬСТВЕ, В КОТОРОМ ПРЕДУСМОТРЕНА ГАРАНТИЙНАЯ ОБЯЗАННОСТЬ ЗАСТРОЙЩИКА, ПОДПАДАЕТ ПОД ВЫДЕЛЕННЫЕ РАНЕЕ ПРИЗНАКИ ДОГОВОРА С ЗАЩИТНЫМ ЭФФЕКТОМ В ПОЛЬЗУ ТРЕТЬИХ ЛИЦ

будет доказано, поскольку А2 действительно может быть не причастен к проведенной реконструкции. Аналогичное справедливо и для иска в отношении А1 (которого может к этому моменту уже не существовать в принципе<sup>25</sup>). В то же время В как третье лицо, никоим образом не связанное с первоначальным составом арендного правоотношения, крайне ограничено в средствах опровержения доводов, заявляемых потенциальными причинителями вреда. По сути, складывается ситуация, когда вред причинен, однако никто за него не несет гражданско-правовую ответственность, не имеет возможности возместить причиненный ущерб. В это же время ответственность независимо от вины снимает данную проблему, пострадавшее третье лицо сможет получить достойное возмещение.

### Гарантийные обязательства застройщика как выражение охранительного эффекта в пользу третьих лиц

Как было показано выше, российский правопорядок не содержит неустранимых препятствий к существованию обязательств с защитным эффектом в пользу третьих лиц. Напротив, построение деликтной системы по немецкой модели прямо предполагает, что ее ограничения будут обходиться с использованием иных частноправовых институтов, в частности с помощью договоров с охранительным эффектом в пользу третьих лиц, которые обладают рядом несомненных преимуществ. Руководствуясь обозначенными выше мотивами, законодательством выработан подход, в соответствии с которым гарантийные обя-

зательства по своему содержанию представляют собой «договорный зонтик»<sup>26</sup> в пользу третьих лиц.

Законом устанавливаются общие требования к качеству выполненной подрядчиком работы (п. 1 ст. 721 ГК): оно должно соответствовать условиям договора подряда, а при отсутствии таковых – требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода. Результат работы должен быть пригодным для использования.

Так, в договор участия в долевом строительстве в обязательном порядке включаются условия о гарантийном сроке на объект долевого строительства (подп. 4 п. 4 ст. 4 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»<sup>27</sup> (далее – Закон о долевом участии)).

Гарантия застройщика заключается в том, что застройщик обязан передать участнику долевого строительства объект долевого строительства, качество которого соответствует условиям договора, требованиям технических регламентов, проектной документации и градостроительных регламентов, а также иным обязательным требованиям (п. 1 ст. 7 Закона о долевом участии). Такой гарантийный срок устанавливается договором и не может составлять менее чем пять лет.

По общему правилу указанный гарантийный срок исчисляется со дня передачи объекта долевого строительства (п. 5 ст. 7 Закона о долевом строительстве). И чаще всего строительные недостатки обнаруживают себя много позже завершения строительных работ и получения всех разрешительных документов согласно требованиям градостроительного законодательства<sup>28</sup>.

Представим следующую ситуацию. Застройщик (А) сдает объект (жилое помещение) участнику долевого строительства (Б). Б продает квартиру покупателю – третьему лицу, которому неизвестно о скрытых недостатках квартиры (В). В пределах гарантийного срока недостатки проявляются. В этой связи возникает вопрос, следует ли предоставить В прямой иск к

<sup>18</sup> Очевидно, что прямой иск в ряде случаев (например, от заказчика к субподрядчику целесообразно допускать лишь в случае, когда истребование убытков с непосредственно-го участника отношений (например, генерального подрядчика) невозможно (банкротство, ликвидация, истечение срока исковой давности). В ином случае конструкция генерального подряда была бы лишена практического смысла. См., подпр.: Короткова В.А. Чисто экономический вред...

<sup>19</sup> Markesinis B., Unberath H., Jonston A. The German Law of Contract. Oxford and Portland, Oregon, 2006. P. 205.  
«Собрание законодательства РФ», 3 января 2005 г., № 1 (часть 1), ст. 40.  
Григорьева О.А. Гарантийные обязательства застройщика: проблемные аспекты // Юрист. 2021. № 4. С. 17-23. // СПС «КонсультантПлюс».

А? По сути, Б передал В вещь с недостатками, поэтому в силу своего обязательственного отношения В имел возможность обратиться к Б, в том числе за устранением недостатков (ст. 475 – 476 ГК).

Верховный Суд, отказывая в передаче дела со сходными фактическими обстоятельствами, указал, что участник долевого строительства в данном случае не может являться надлежащим ответчиком<sup>29</sup>. Суд указал, что в пределах гарантийного срока устанавливается ответственность именно застройщика за недостатки (дефекты) выполненных работ, выявленных в пределах гарантийного срока. Застройщик, имеющий определенные гарантийные обязательства, несет перед собственниками жилых помещений ответственность за ненадлежащее качество строительства жилого дома.

При этом судом отмечено, что действующее гражданское законодательство прямо не регулирует вопросы, связанные с переходом гарантии подрядчика (застройщика) на результат работ в случае отчуждения объекта недвижимости третьим лицам. Гарантийный срок установлен на объект долевого строительства и не связан с первоначальным собственником или стороной долевого участия в строительстве.

Подобная позиция в отношении гарантийных обязанностей застройщика всецело преобладает в судебной практике на настоящий момент<sup>30</sup>.

Договор долевого участия в строительстве, в котором предусмотрена гарантийная обязанность застройщика, подпадает под выделенные ранее признаки договора с защитным эффектом в пользу третьих лиц. Так, третье лицо не участвует в согласовании условий долевого участия, не имеет права требования исполнения обязанности в натуре до момента нарушения гарантийной обязанности. В случае же нарушения его право требования «созревает», что позволяет ему принудительно восстановить свою нарушенную имущественную сферу.

Аналогичные правила могут быть применимы и для иных институтов, например, гарантии производителя (продавца) в соответствии с Законом РФ «О защите прав потребителей» от 07 февраля 1992 г. № 2300-1<sup>31</sup> (далее – Закон о защите прав потребителей).

Так, потребителем является гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности<sup>32</sup>. Соответственно, гражданин, на законном основании использующий товар исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, который владеет вещью на законном основании (наследник, а также лицо, которому вещь была отчуждена впоследствии, и т.п.), также пользуется правами потребителя (п. 3 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17). В связи с этим такие лица, являясь потребителями, пользуются всеми пропотребительскими льготами Закона: альтернативной подсудностью; правом взаимодействия как с продавцом, так и с производителем; широкими возможностями для возврата товара и прочими.

## Выводы

Допустимость существования договоров с защитным эффектом в пользу третьих лиц связана с системой построения деликтного права. Поскольку российской правовой системе не присущи признаки, характерные для принципа генерального деликта, принципиальных возражений против существования таких договоров не имеется.

Договоры с защитным эффектом в пользу третьих лиц имеют ряд преимуществ: взыскание чисто экономических убытков, снятие риска банкротства промежуточного звена, ответственность независимо от вины.

Поскольку в России большим авторитетом пользуется законодатель (что также отличает ее от систем с моделью генерального деликта), в основном договорные модели с защитным эффектом в пользу третьих лиц закреплены на уровне закона. Таковыми являются гарантии качества в договорах долевого участия в строительстве, в обычных потребительских договорах и прочее.

<sup>29</sup> Определение Верховного Суда РФ от 21 марта 2018 г. № 304-ЭС17-18668 по делу № А75-15559/2016.

<sup>30</sup> Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 1 апреля 2021 г. № 88-5404/2021; Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 19 января 2021 г. № 88-860/2021; Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 5 августа 2020 г. № 88-19164/2020 по делу № 2-108/2019; Постановление Арбитражного

суда Западно-Сибирского округа от 23 августа 2017 г. № Ф04-2766/2017 по делу № А75-15446/2016; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 сентября 2017 г. № Ф06-24699/2017 по делу № А12-8489/2016 и проч.

<sup>31</sup> «Собрание законодательства РФ», 15 января 1996 г., № 3, ст. 140.

<sup>32</sup> О спорности такого определения см. подр.: Вишневский А.А. О субъектах, пределах и принципах защиты потребителя // Закон. 2021. № 9. С. 31.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научная литература:

1. Бибикина Е.В. Договор в пользу третьего лица в российском и европейском частном праве: сравнительно-правовой обзор // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2017. – № 12. – С. 95-157.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. – М.: Статут, 2001. – Кн. 1. – 848 с.
3. Вишневский А.А. О субъектах, пределах и принципах защиты потребителя // Закон. – 2021. – № 9. – С. 25-32.
4. Григорьева О.А. Гарантийные обязательства застройщика: проблемные аспекты // Юрист. – 2021. – № 4. – С. 17-23.
5. Груздев В.В. Виды обязательств в российском гражданском праве // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2020. – № 1. – С. 74-80.
6. Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. – 2017. – № 4. – С. 45-83; – № 5. – С. 55-84.
7. Егоров А.В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal Insight. – 2013. – № 2. – С. 4-10.
8. Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. – 2011. – № 3. – С. 241-274.
9. Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. – 2013. – № 3. – С. 190-266.
10. Козина А.Е. Анализ практики применения п. 3 ст. 307 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. – С. 173-191.
11. Копяков А.А. Проблема возмещения чистых экономических убытков в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2020. № 1. – С. 146-196.
12. Короткова В.А. Чисто экономический вред, возникающий при исполнении договора строительного подряда // Опыт цивилистического исследования: сборник статей / И.И. Акимова, В.А. Волгина, А.А. Громов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. – М: Статут, 2019. – Вып. 3. – 376 с.
13. Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право - пример для Европы? // Вестник гражданского права. – 2012. – № 6. – С. 227-288.
14. Нам К.В. Повседневная преддоговорная ответственность и договор с защитным эффектом в пользу третьего лица. Решение Верховного суда Германии от 28.01.1976 VIII ZR 246/77 // Вестник экономического правосудия РФ. – 2018. – № 12. – С. 28-36.

15. Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. – М.: Статут, 2019. – 278 с.
16. Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. – 2019. – № 3. – С. 47-55.
17. Ягельницкий А.А. Ответственность за недостоверное заявление. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. – № 8. – С. 27-38.
18. Markesinis B., Unberath H., Jonston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. – Oxford and Portland, Oregon, 2006. – 980 p.

### Нормативно-правовые акты:

19. Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07 февраля 1992 г. № 2300-1 (ред. от 11 июня 2021 г.) // «Собрание законодательства РФ», 15 января 1996 г., № 3, ст. 140.
20. Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ (ред. от 30.12.2021) «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (с изм. и доп., вступ. в силу с 1 января 2022 г.) // «Собрание законодательства РФ», 3 января 2005 г., № 1 (часть 1), ст. 40.

### Судебная практика:

21. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 по делу А57-15013/2016.
22. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 22 мая 2017 г. по делу № 303-ЭС16-19319 по делу А51-273/2015.
23. Определение Верховного Суда РФ от 21 марта 2018 г. № 304-ЭС17-18668 по делу № А75-15559/2016.
24. Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 1 апреля 2021 г. № 88-5404/2021.
25. Определение Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 19 января 2021 г. № 88-860/2021.
26. Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 5 августа 2020 г. № 88-19164/2020 по делу № 2-108/2019.
27. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 сентября 2017 г. № Ф06-24699/2017 по делу № А12-8489/2016.
28. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23 августа 2017 г. № Ф04-2766/2017 по делу № А75-15446/2016.

### Электронные ресурсы:

29. BGHZ 49, 350 // dejure.org (URL: <https://clck.ru/YW5Zc>) (дата обращения: 01.02.2022).



УДК 343.535



**Кормич Павел Андреевич**  
(kormich1980@mail.ru)

Студент 4 курса бакалавриата  
Института частного права МГЮА  
имени О.Е. Кутафина

**Pavel Kormich**

4th year student  
Institute of Private Law of the  
Kutafin Moscow State Law  
University

**Научный руководитель:**

**Османова Диана Османовна**

Кандидат юридических наук, старший  
преподаватель кафедры гражданского  
права МГЮА им. О.Е. Кутафина

**Academic supervisor:**

**Diana Osmano**

Candidate of Law, Senior Lecturer of the  
Department of Civil Law of the Kutafin  
Moscow State Law University

## СТАНДАРТЫ ДОКАЗЫВАНИЯ В ДЕЛАХ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВЕ)

### STANDARDS OF PROOF IN INSOLVENCY (BANKRUPTCY) CASES

**АННОТАЦИЯ:** Статья посвящена установлению применимых стандартов доказывания в делах о банкротстве с учетом анализа практики их использования в зарубежных правовых системах. Автором предложен универсальный стандарт доказывания, применимый априори для всех споров, возникающих в банкротном процессе, – баланс вероятностей, отход от которого возможен в необходимых случаях, когда конкретный спор требует его снижения или, наоборот, повышения. Автор критикует избранный судебными органами необоснованно высокий стандарт доказывания “вне разумных сомнений”, фактически нарушающий права и интересы участников процедуры несостоятельности.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *стандарт доказывания, баланс вероятностей, ясные и убедительные доказательства, “вне разумных сомнений”, бремя доказывания, несостоятельность, банкротство.*

**ANNOTATION:** The article is devoted to the establishment of applicable standards of proof in bankruptcy cases, taking into account the analysis of the practice of their use in foreign legal systems. The author proposes a universal standard of proof, applicable a priori for all disputes arising in the bankruptcy process – the balance of probabilities – a departure from which is possible in necessary cases when a particular dispute requires its reduction or, conversely, increase. The author criticizes the unreasonably high standard of proof chosen by the judicial authorities “beyond reasonable doubt”, which actually violates the rights and interests of participants in the insolvency procedure.

**KEYWORDS:** *standard of proof, balance of probabilities, clear and convincing evidence, beyond a reasonable doubt, burden of proof, insolvency, bankruptcy.*

— Вы говорите о секундах. Никто не может быть до такой степени точным.  
— Я думаю, что свидетельское показание, которое может отправить мальчика на электрический стул, должно быть до такой степени точным.  
**«12 разгневанных мужчин» (англ. 12 Angry Men)**  
1957 г., реж. Сидни Люмет

**В**ажнейшей задачей любого судопроизводства является установление фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела. Суд сам решает какие факты существенны и доказана ли их наличие<sup>1</sup>. Действующее законодательство, следуя дореволюционным канонам, предоставляет судам право оценивать доказательства по своему внутреннему убеждению<sup>2</sup>. Это, в свою очередь, предопределяет субъективизм при разрешении конкретных споров, потому как в ходе судебного рассмотрения у судьи стихийно возникает собственный уровень сомнений или убежденности относительно предоставленных сторонами доказательств.

<sup>1</sup> Энгельман И.Е., заслуж. проф., почет. чл. Ун-тов св. Владимира и Юрьевского. - 3-е изд., Учебника русского гражданского судопроизводства, испр. и доп. - Юрьев: тип. К. Маттисена, 1912. С. 271.

<sup>2</sup> Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. - М.: Статут, 2016. С. 395.

Право – не есть инструкция, а механизм справедливого разрешения возникающих в обществе конфликтов, а потому его наполнение не может быть чрезмерно конкретизированным. Перенос спор в плоскость судебного разбирательства, побеждает именно та сторона, которая смогла убедить суд в правдивости тех фактов, которые она приводит в обоснование своих требований. Однако жизнь слишком сложна, чтобы в каждом деле подобное подтверждение имело абсолютный характер, зачастую это объективно невозможно. В таком случае на помощь приходит наука, предлагающая механизмы, способствующие соединить реалии жизни и требования процессуального закона. В частности, доктрина, а вслед за ней и высшие суды пытаются унифицировать и определить допустимый уровень сомнения для отдельных споров или фактов, а также ту критическую степень уверенности, необходимую для признания того или иного обстоятельства доказанным.

Для континентально-европейского права характерно оценивать доказательства на основе своего внутреннего убеждения. Англосаксонская модель, напротив, не воспринимает такую систему оценки. В англо-американском праве сформировались объективные вероятностные критерии, которые определяют степень убежденности судьи в истинности спорного факта, – стандарты доказывания. С их помощью суд оценивает представленные доказательства и отвечает на вопрос о том, имело ли место то или иное доказываемое обстоятельство в реальной жизни.

В силу отсутствия нормативного или судебного определения (на уровне высших судебных инстанций), а также во избежание разночтения в понимании этого термина можно привести следующие доктринальные определения данного понятия:

- «критерий для установления фактов на основе оценки представленных доказательств» (С.Л. Будылин)<sup>3</sup>;
- «критерий достаточности доказательств в странах общего права» (Д.И. Смольников)<sup>4</sup>;
- «совокупность критериев оценки доказательств,

подлежащих применению судами при рассмотрении дел определенной категории и позволяющих, в частности, определить достаточность доказательств необходимой степени достоверности (для того или иного правового вывода)» (А.А. Смола)<sup>5</sup>.

Наиболее удачно стандарт доказывания определяет А.Г. Карапетов, указывая, что это «минимальная степень субъективной уверенности судьи в истинности спорного факта, при которой суд готов признать бремя доказывания, возложенное на соответствующую сторону, выполненным, бремя опровержения (доказывания обратного) – перешедшим на оппонента, а соответствующее фактическое обстоятельство после исследования и оценки всех предъявленных этой стороной и оппонентом доказательств – доказанным»<sup>6</sup>. Таким образом, говоря о стандарте доказывания, речь идет о максимальном, предельном уровне сомнений в истинности факта, который сочетается с готовностью судьи признавать факт доказанным.

На текущий момент выявлено 4 стандарта доказывания:

1. Пониженный – «prima facie» («на первый взгляд» или так называемые «первичные доказательства»). Он сводится к лаконичному выражению: «то, что говорит истец, в принципе мыслимо». Значение данного стандарта сводится к тому, что одна из сторон предоставляет первичные доказательства, которые достаточны для того, чтобы передать разрешение данного спора судье или присяжным.

2. Усредненный – «баланс вероятностей» (balance of probabilities), он же «перевес доказательств» (preponderance of the evidence). Такой стандарт используется, как правило, по гражданским делам, поскольку требует признать факт доказанным, когда совокупность предоставленных стороной доказательств, позволяет убедить судью, что факт скорее имел место, чем не имел<sup>7</sup>. Раскрывает данный стандарт Лорд Хоффман в деле *In re B (Children) (FC)* [2008] UKHL 35, поясняя, что «если правовая норма требует,

<sup>3</sup> Будылин С. Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 2014. - № 3. - С. 25-57 (часть 1); - № 4. - С. 34-67 (часть 2).

<sup>4</sup> Смольников Д.И. Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. № 12. С. 199 - 205.

<sup>5</sup> Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 8. С. 129 - 165.

<sup>6</sup> Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу», 2019, № 5. С. 10.

<sup>7</sup> Например, в деле *McIver v. Power* суд указал, что «в любом гражданском деле истец должен доказать свою правоту на основе баланса вероятностей, если он хочет добиться успеха. Это означает, что истец должен доказать, что предоставленные факты склонили чашу весов в его пользу, даже если это только 51% вероятности того, что он прав» (*McIver v. Power*, [1998] P.E.I.J. No. 4, Prince Edward Island Supreme Court – Trial Division, MacDonald C.J.T.D.).

чтобы факт был доказан («спорный факт»), судья или присяжные должны решить, произошло это или нет. Нет места для вывода о том, что это могло произойти. Закон действует в двоичной системе, в которой единственными значениями являются ноль и единица. Этот факт либо произошел, либо не произошел. Если у трибунала остаются сомнения, то сомнения разрешаются по правилу, согласно которому одна или другая сторона несет бремя доказывания. Если сторона, несущая бремя доказывания, не выполняет его, то возвращается нулевое значение, и факт рассматривается как несуществующий. Если она докажет его, будет возвращено значение единицы, и факт будет рассматриваться как произошедший. На мой взгляд, единственный практический способ прийти к фактическому заключению по гражданскому делу, это решить, является ли более вероятным, чем нет, что событие произошло»<sup>8</sup>.

3. Повышенный – «ясные и убедительные доказательства» (clear and convincing evidence). Этот стандарт доказывания требует, чтобы сторона, заявляющая иск, показала, что существует высокая вероятность того, что утверждаемое является истинным. В условном числовом представлении названный стандарт варьируется в диапазоне от 50% до 99% вероятности. Сфера его применения определяется законами штата. Например, заключенный, добивающийся освобождения от смертной казни в порядке habeas corpus, должен доказать свою фактическую невиновность с помощью ясных и убедительных доказательств<sup>9</sup>. Штат Нью-Йорк использует этот стандарт, когда суд должен определить, следует ли принудительно госпитализировать психически больного пациента или издать приказ об оказании помощи при амбулаторном лечении<sup>10</sup>. Этот стандарт также был закреплен Верховным судом США во всех делах о гражданском принуждении к психическому здоровью<sup>11</sup>. Несмотря на то, что данный стандарт является относительно трудным для соблюдения (поскольку требует, чтобы доказательства были «существенно» больше вероятными), он остается достаточно гибким и имеет широкое применение как в уголовном и административном праве, так и в гражданских-правовых спорах.

4. Завышенный – «вне разумных сомнений» (beyond a reasonable doubt). Как правило, использу-

**НЕСМОТЯ НА ТРУДНОСТИ  
В ОПРЕДЕЛЕНИИ ТОЧНОЙ  
РАЗНИЦЫ МЕЖДУ РАЗЛИЧНЫМИ  
СТАНДАРТАМИ ДОКАЗЫВАНИЯ,  
ПРИНЯТИЕ КОНКРЕТНОГО ИЗ НИХ –  
ЭТО НЕЧТО БОЛЬШЕЕ, ЧЕМ ПУСТОЕ  
СЕМАНТИЧЕСКОЕ УПРАЖНЕНИЕ.**

**ЮРИСДИКЦИИ РАЗЛИЧНЫХ  
ГОСУДАРСТВ СТАЛКИВАЮТСЯ  
С ОДИНАКОВОЙ ПРОБЛЕМОЙ –  
ПРОБЛЕМОЙ ИЗБРАНИЯ НАИБОЛЕЕ  
ОПТИМАЛЬНОГО СТАНДАРТА,  
ПОДХОДЯЩЕГО ДЛЯ РАЗРЕШЕНИЯ  
СПОРОВ И НЕ ОГРАНИЧИВАЮЩЕГО  
ВОЗМОЖНОСТЬ ВНУТРЕННЕГО  
УБЕЖДЕНИЯ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЯ**

ется в уголовных делах, поскольку при его использовании факт является доказанным только тогда, когда сторона предоставит доказательства, полностью исключающие разумные сомнения, что заявленный факт имел место (математически – это вероятность 99%, пусть эта цифра и носит условный характер). В контексте уголовного судопроизводства, затрагивающего ключевые права человека и гражданина, установление повышенного стандарта доказывания обосновано и важно с целью недопущения неоправданных ошибок, влекущих для такого лица непоправимый вред в самом широком смысле. Ещё в XVIII веке английский юрист Уильям Блэкстоун одной содержательной фразой объяснил весь принцип beyond a reasonable doubt: «It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer»<sup>12</sup> 'Лучше пусть десять виновных избежат наказания, чем пострадает один невиновный'<sup>13</sup>.

Большая часть ученых считает, что для континентального права применение стандартов доказывания не является характерной чертой. Процессуальные кодексы предписывают судьям руководствоваться правилом «внутреннего убеждения», которое со-

<sup>8</sup> Publications.parliament.uk [Электронный ресурс] URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080611/child.pdf> (дата обращения 07.11.2021).

<sup>9</sup> Calderon v. Thompson, 523 U.S. 538 (1998). The petitioner, Thomas M. Thompson, a convicted rapist/murderer, was executed on July 14, 1998.

<sup>10</sup> New York State Mental Hygiene Law §§ 9.33 & 9.60.

<sup>11</sup> Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).

<sup>12</sup> Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England, facsimile edition with introductions by Stanley N. Katz. (Univ. Chicago, 1979).

<sup>13</sup> Прим. Перевод – Автор. Кормич П.А.

хранилось почти в неизменном виде со времен Наполеона<sup>14</sup>. При этом внутреннее убеждение едва ли должно быть (и может быть) воспринято как стандарт доказывания (более того, большинство англо-американских юристов уверены, что внутреннее убеждение является «нереалистичным и потенциально несправедливым стандартом»)<sup>15</sup>. Англосаксонские стандарты носят объективный характер, так как они выражены через вероятность. Внутреннее убеждение, как уже отмечалось выше, субъективно, поэтому представляется невозможным определить, с какой степенью убежденности судья должен признать или не признать тот или иной факт. Стоит отметить, что внутреннее убеждение в континентальной системе дополняется доказательственными презумпциями, однако вопрос соотношения указанных явлений выходит за рамки предмета настоящего исследования и должен быть рассмотрен в отдельной работе.

Довольно часто звучат идеи, утверждающие, что континентальная судебная система оценки доказательств может быть улучшена посредством добавления в неё объективистских элементов<sup>16</sup>. Было бы наивным считать, что всеобщие процессы интеграции и глобализации не затронут право, ровно как и отрицать отсутствие англосаксонских стандартов доказывания в континентальном праве. Стандарты доказывания не только обсуждаются в европейском праве, но и получают законодательное закрепление. Анализируя судебную практику, А.Г. Карапетов<sup>17</sup> приводит следующие примеры: так, Верховный суд Австрии определил, что минимальный стандарт доказывания должен соответствовать высокой вероятности<sup>18</sup>; Кассационный суд Италии закрепил использование стандарта доказывания *beyond a reasonable doubt* по уголовным делам<sup>19</sup>, а в дальнейшем этот стандарт добавили в законодательство (п. 1 ст. 533 УПК Италии)<sup>20</sup>; Верховный суд Швейцарии утверждает, что суд должен быть убежден в

истинности спорного факта на основе объективных оснований, но абсолютная определенность не требуется: достаточно, если у суда не остается серьезных, существенных сомнений<sup>21</sup>. Также не стоит забывать, что стандарт «вне разумных сомнений» получил распространение в практике Европейского суда по правам человека.

Несмотря на трудности в определении точной разницы между различными стандартами доказывания, принятие конкретного из них – это нечто большее, чем пустое семантическое упражнение<sup>22</sup>. Юрисдикции различных государств сталкиваются с одинаковой проблемой – проблемой избрания наиболее оптимального стандарта, подходящего для разрешения споров и не ограничивающего возможность внутреннего убеждения правоприменителя. Тем не менее судебная практика и изученный научный опыт демонстрируют объективную невозможность избрания универсального для всех категорий споров стандарта доказывания.

Такая практика должна быть воспринята и в банкротных делах, где сформировался единый неоправданно завышенный стандарт. До 2014 года Высший Арбитражный суд Российской Федерации (далее – ВАС РФ) через единичные постановления пытался изменить существующую парадигму доказательственного права. Например, в 2011 году в деле «СМАРТС»<sup>23</sup> Президиум ВАС РФ отметил, что нельзя отказать во взыскании убытков только потому, что их невозможно установить с «разумной степенью достоверности». В деле Кировского завода<sup>24</sup> Президиум ВАС РФ смог создать такую подвижную модель перемещения доказывания с помощью стандарта «*prima facie*». А сам термин «стандарт доказывания» в привычном его понимании впервые встречается в постановлении Президиума ВАС РФ в 2014 году в деле о банкротстве ОАО «Мурманские мультисервисные сети» (судья-докладчик С.В. Сарбаш)<sup>25</sup>.

<sup>14</sup> Будылин С.Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // «Вестник ВАС». 2014. № 3 и № 4 С.20.

<sup>15</sup> Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу», 2019, N 5. С. 24.

<sup>16</sup> Engel, C. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law // *Vermont Law Review*. – 2009. – Vol. 33. – P.466.

<sup>17</sup> Карапетов А.Г., Косарев А.С. Указ соч. С. 41.

<sup>18</sup> Nunner-Krautgasser B., Anzenberger P. Evidence in Civil Law – Austria. Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. P. 59.

<sup>19</sup> Taruffo M. Rethinking the Standards of Proof // 51 *American Journal of Comparative Law*. 2003. P. 659– 677;

<sup>20</sup> Wright R.W. Proving Facts: Belief versus Probability, in: Koziol H., Steinger B.C., eds. *European Tort Law*. Wien, Springer, 2008. P. 79–106.

<sup>21</sup> Schweizer M. The Civil Standard of Proof – What Is It, Actually? // 20 *The International Journal of Evidence & Proof*. 2016.

<sup>22</sup> Tippet v. Maryland, 436 F.2d 1153, 1166 (4th Cir. 1971). [Электронный ресурс] URL: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1916&context=hlr> (дата обращения 19.11.2021).

<sup>23</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 №2929/11 по делу №А56-44387/2006 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>24</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 №12505/11 по делу №А56-1486/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>25</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 13.05.2014 №1446/14. [Электронный ресурс] URL: [http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id\\_casedoc=1\\_1\\_6c4ecae5-749d-479f-9940-2f5d81be9fa2](http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_6c4ecae5-749d-479f-9940-2f5d81be9fa2) (дата обращения 08.11.2021).

**ПРОЦЕДУРА БАНКРОТСТВА ПРЕДСТАВЛЯЕТ СОБОЙ МЕХАНИЗМ МАКСИМАЛЬНО ВОЗМОЖНОГО ИСПОЛНЕНИЯ ДЕНЕЖНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПРИ ОЧЕВИДНОЙ НЕДОСТАТОЧНОСТИ КОНКУРСНОЙ МАССЫ. ТЕМ САМЫМ В ПОДОБНОЙ КАТЕГОРИИ ДЕЛ ВЕСЬ ПРЕДМЕТ СОСРЕДОТОЧЕН ИСКЛЮЧИТЕЛЬНО НА ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ, ВОЗНИКАЮЩИХ МЕЖДУ НЕСОСТОЯТЕЛЬНЫМ ЛИЦОМ И ЕГО КОНТРАГЕНТАМИ. В ТАКИХ СЛУЧАЯХ ПРИМЕНЕНИЕ СТАНДАРТА «ПЕРЕВЕС ДОКАЗАТЕЛЬСТВ» ДАЕТ НАИБОЛЬШЕЕ СООТВЕТСТВИЕ ТОЙ СРАВНИТЕЛЬНО МИНИМАЛЬНОЙ ЗНАЧИМОСТИ, КОТОРУЮ ОБЩЕСТВО ПРИДАЕТ ДЕНЕЖНЫМ СПОРАМ**

В дальнейшем стандарт доказывания для банкротных дел ужесточился и стал завышенным. Например, для случаев включения в реестр требований кредиторов должника требований контролирующих и аффилированных с ним лиц действует стандарт «вне разумных сомнений», что особенно заметно при анализе Обзора по субординации<sup>26</sup>. Повышение стандарта для указанных лиц обосновано, поскольку, в отличие от независимого (внешнего) кредитора, контролирующие лица при установлении требований в реестр требований кредиторов (далее – РТК) имеют большую вероятность мошенничества, фальсификации доказательств и сговора с должником. Несмотря на то, что ВС РФ неоднократно отмечал, что само по себе наличие аффилированности не указывает на нарушение законных прав и имущественных интересов кредиторов должника (потому как законодательство не запрещает осуществление коммерческой деятельности между аффилированными организациями), нижестоящие суды стали необоснованно экспансировать данную идею и применять

повышенный стандарт доказывания ко всем лицам, пытающимся включиться в РТК.

В настоящее время ошибка нижестоящих судов заключается в применении необоснованно завышенного стандарта доказывания не только в рамках обособленных споров о включении требований в РТК, но и иных категорий дел: оспаривание сделок, привлечение к субсидиарной ответственности, принятие обеспечительных мер и пр. Избранный в указанной части подход видится некорректным.

Процедура банкротства представляет собой механизм максимально возможного исполнения денежных обязательств (и только) при очевидной (и подтвержденной в суде) недостаточности конкурсной массы (имущественной массы должника). Тем самым в подобной категории дел весь предмет сосредоточен исключительно на имущественных (а конкретнее – денежных) правоотношениях, возникающих между несостоятельным лицом и его контрагентами (кредиторами). В таких случаях применение стандарта «перевес доказательств» дает наибольшее соответствие той сравнительно минимальной значимости, которую общество придает денежным спорам.

Многие англосаксонские судьи, оправдывая повышенный стандарт доказывания в делах о несостоятельности, рассматривают суды по банкротным делам в качестве судов справедливости («courts of equity»). Однако подобный подход, по мнению автора, неверен, поскольку подмена стандартов в гражданском процессе теми стандартами, которые применяются в уголовном судопроизводстве, в конечном итоге приведет к несправедливым результатам.

Напомним, что применение стандарта «баланс вероятностей» является стратегией минимизации серьезных ошибок, поскольку он стремится свести к минимуму вероятность ошибочного суждения. Фундаментальным принципом цивилистического процесса является равноправие сторон. Стороны должны иметь равные возможности в защите своих прав. В этой связи в делах о банкротстве, как и во всем цивилистическом процессе, по общему правилу, должен быть установлен общий стандарт доказывания – «баланс вероятностей», он же «перевес доказательств».

В то же время следует отметить, что существование универсального правила не препятствует уста-

<sup>26</sup> www.vsrfl.ru [Электронный ресурс] URL: <https://www.vsrfl.ru/documents/all/28682/> (дата обращения 08.11.2021).



новлению исключений (для особых случаев), когда стандарт должен быть либо повышен (от среднего значения), либо, наоборот, снижен в целях защиты интересов участников процедуры. Такая практика воспринята, например, в Австралийском Законе о банкротстве 1966 года, где закреплено общее правило использования стандарта доказывания (с учетом исключений): «Если в ходе разбирательства в Суде для целей, связанных с вопросом, возникающим в соответствии с настоящим Законом, необходимо установить или необходимо, чтобы Суд убедился в наличии определенного факта (включая нарушение настоящего Закона), достаточно, чтобы этот факт был установлен, или Суд убедился в наличии этого факта, в зависимости от обстоятельств, на основе баланса вероятностей». Данный раздел применяется «за исключением случаев, когда настоящий Закон прямо предусматривает иное»<sup>27</sup>.

Но тогда возникает проблема установления тех случаев, когда требуется отход от универсального стандарта. Попытка ее решения была предпринята американскими юристами, предложившими подход, основанный на последовательном выстраи-

вании вопросов и ответов на них. В зависимости от ответов определяется применимый стандарт<sup>28</sup>:

1. Поставлены ли на карту индивидуальные интересы или права, которые оправдывают назначение повышенного стандарта доказывания? (ответ «да» влечет применение стандарта «четкие и убедительные доказательства»; ответ «нет» – следующий вопрос).

2. Можно ли считать, что интересы, поставленные на карту в данном деле, более существенны, чем простая потеря денег, и требуют применения повышенного стандарта доказывания? Для точного ответа необходимо понять: (1) обеспокоено ли общество более чем минимально исходом иска? и (2) не рискуют ли ничем вовлеченные стороны, кроме как возможностью заплатить или взыскать деньги в случае ошибки? (ответ «да» влечет применение стандарта «четкие и убедительные доказательства»; ответ «нет» – следующий вопрос);

3. Оправдывает ли баланс интересов в данном деле отклонение от общепринятого правила, согласно которому в гражданских делах применяется стандарт преобладания доказательств? (ответ «да»

<sup>27</sup> [www.legislation.gov.au](https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00130): [Электронный ресурс] URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00130> (дата обращения 08.11.2021).

<sup>28</sup> Parikh, Samir. The Improper Application of the Clear-and-Convincing Standard of Proof: Are Bankruptcy Courts Distorting Accepted Risk Allocation Schemes?. *University of Cincinnati law review*, Vol. 78, 2009, 44 P.

влечет применение стандарта «четкие и убедительные доказательства»; ответ «нет» влечет недопустимость применения подобного повышенного стандарта).

В то же время нельзя не отметить, что некоторые доказательства объективно требуют повышенной доказательственной базы; в таком случае требуется большее количество доказательств, что тем не менее не влечет повышение стандарта, скорее усиливается заинтересованность лица в предоставлении более убедительных доказательств.

Предложенный подход уместен для российской правоприменительной практики. Так, в случае, если при рассмотрении заявления кредитора о включении его требований в РТК (реестр требований кредиторов) будет установлена его связь с должником (фактическая недобросовестная аффилированность), возможность включения указанных требований зависит от ответов суда на следующие вопросы:

1) Может ли включение такого кредитора привести к нарушению прав и законных интересов других кредиторов? Положительный ответ. Целью банкротства является соразмерное удовлетворение скопившихся требований кредиторов в условиях ограниченности конкурсной массы. Распределение имущества между непривилегированными кредиторами осуществляется по принципу *pari passu*. Включение такого кредитора наравне с иными (независимым) причиняет имущественный вред последним.

2) Является ли это нарушением интересов, допустим, аффилированного, но добросовестного кредитора? Отрицательный ответ. Кредитор, заинтересованный во включении в реестр, должен лишь предоставить «ясные и убедительные доказательства» своей позиции, что в условиях добросовестности последнего не должно представлять для него особой сложности.

В то же время при отсутствии информации о связанности должника и кредитора при рассмотрении аналогичного заявления должен применяться универсальный стандарт.

Вышеописанный пример – не единственное исключение, допускающее отход от стандарта «баланс вероятностей»; обосновано не только повышение, но и снижение стандарта. Можно привести следующие примеры применения различных стандартов доказывания в банкротстве в зависимости от категории спора:

1. Стандарт «*prima facie*», применимый в следующих спорах: обеспечительные меры; выдача исполнительного листа на решение третейского суда; подача заявления о привлечении к субсидиарной ответственности и т.д.

2. Стандарт «баланс вероятностей», он же «перевес доказательств», как правило, используемый в рамках судебных спорах данной категории, например, при оспаривании сделок<sup>29</sup>.

3. Стандарт «ясные и убедительные доказательства» – исключительный стандарт, который можно применять с учетом выше-

описанного подхода. Например, привлечение к субсидиарной ответственности, установление в РТК требований контролирующих и аффилированных с должником лиц.

Процедура банкротства с учетом ее внутренней сложности предполагает использование различных стандартов, что не исключает возможность применения общего (универсального) стандарта, который должен быть использован априори. В текущий момент с учетом анализа судебной практики в качестве такового необходимо избран самый высокий стандарт – «вне разумных сомнений».

Возможные причины подобного подхода кроются, по мнению автора, в некорректном понимании

**ПРОЦЕДУРА БАНКРОТСТВА  
С УЧЕТОМ ЕЕ ВНУТРЕННЕЙ  
СЛОЖНОСТИ ПРЕДПОЛАГАЕТ  
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ  
РАЗЛИЧНЫХ СТАНДАРТОВ,  
ЧТО НЕ ИСКЛЮЧАЕТ  
ВОЗМОЖНОСТЬ ПРИМЕНЕНИЯ  
ОБЩЕГО (УНИВЕРСАЛЬНОГО)  
СТАНДАРТА, КОТОРЫЙ  
ДОЛЖЕН БЫТЬ  
ИСПОЛЬЗОВАН АПРИОРИ**

<sup>29</sup> Например, в Определении Верховного Суда РФ от 23.07.2021 №305-ЭС21-10486 по делу №А40-335514/2019, ВС РФ посчитал, что апелляционный и кассационный суд неверно применили повышенный стандарт доказывания (в дальнейшем судебная коллегия отменила эти акты). (Определение Верховного Суда РФ от 23.07.2021 №305-ЭС21-10486 по делу №А40-335514/2019 // СПС «КонсультантПлюс»).

судами сущности стандарта доказывания, когда последний необоснованно воспринимается как «процессуальное преимущество» для заинтересованной стороны, в то время как стандарт доказывания лишь определяет круг обстоятельств, подлежащих доказыванию, не снимая при этом соответствующего бремени.

Подводя итог вышеизложенному, автор настаивает, что универсальным стандартом, используемым в арбитражных спорах (не только банкротных),

должен стать «баланс вероятностей» как наиболее оптимальный из всех, способствующий сохранению баланса интересов и выполнению требований процессуального закона. В то же время избрание общего правила не исключает возможность применения иных стандартов, если того требует специфика конкретного спора. В целом автор выражает надежду на последующее развитие исследуемого института и корректировку обнаруженных в текущий момент несовершенств.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научные источники:

1. Будылин С. Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом/ С. Л. Будылин // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - 2014. - № 3. - С. 25-57 (часть 1); №4. - С. 34-67 (часть 2).
2. Будылин С.Л. Стандарты доказывания в банкротстве. По мотивам Определения Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 04.06.2018 N 305-ЭС18-413 // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации», 2018, N 11.
3. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. - М.: Статут, 2016. 624 с.
4. Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к Ежемесячному журналу», 2019, N 5. С. 3-96.
5. Энгельман И.Е., заслуж. проф., почет. чл. Ун-тов св. Владимира и Юрьевского. - 3-е изд., Учебника русского гражданского судопроизводства, испр. и доп. - Юрьев: тип. К. Маттисена, 1912. 647 с.
6. Смола А.А. Стандарты, доказывание и Верховный Суд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. n 8. с. 129 – 165.
7. Смольников Д.И. Мифы о стандартах доказывания // Закон. 2015. N 12. С. 199-205.
8. Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England, facsimile edition with introductions by Stanley N. Katz. (Univ. Chicago, 1979).
9. Engel, C. Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction A Behavioural Perspective on a Conflict between American and Continental European Law // Vermont Law Review. - 2009.
10. Nunner-Krautgasser B., Anzenberger P. Evidence in Civil Law — Austria. Maribor, Institute for Local Self-Government and Public Procurement, 2015. P. 59

11. Parikh, Samir. The Improper Application of the Clear-and-Convincing Standard of Proof: Are Bankruptcy Courts Distorting Accepted Risk Allocation Schemes? University of Cincinnati law review, Vol. 78, 2009, 44 P.

### Судебная практика:

12. Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 №2929/11 по делу №А56-44387/2006 // СПС «КонсультантПлюс».
13. Постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 №12505/11 по делу №А56-1486/2010 // СПС «КонсультантПлюс».
14. Постановление Президиума ВАС РФ от 13.05.2014 №1446/14. [Электронный ресурс] URL: [http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id\\_casedoc=1\\_1\\_6c4ecae5-749d-479f-9940-2f5d81be9fa2](http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_6c4ecae5-749d-479f-9940-2f5d81be9fa2) (дата обращения 08.11.2021).
15. www.vsrfr.ru [Электронный ресурс] URL: <https://www.vsrfr.ru/documents/all/28682/> (дата обращения 08.11.2021).
16. www.legislation.gov.au: [Электронный ресурс] URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00130> (дата обращения 08.11.2021)
17. Определение Верховного Суда РФ от 23.07.2021 №305-ЭС21-10486 по делу №А40-335514/2019
18. Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).
19. Calderon v. Thompson, 523 U.S. 538 (1998).
20. Mclver v. Power, [1998] P.E.I.J. No. 4, Prince Edward Island Supreme Court – Trial Division, MacDonald C.J.T.D.
21. New York State Mental Hygiene Law §§ 9.33 & 9.60.
22. Tippet v. Maryland, 436 F.2d 1153, 1166 (4th Cir. 1971). [Электронный ресурс] URL: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1916&context=hlr> (дата обращения 19.11.2021).

### Электронные ресурсы:

23. Publications.parliament.uk [Электронный ресурс] URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080611/child.pdf> (дата обращения 07.11.2021).



УДК 347.22



**Блинов Глеб Сергеевич**  
(siren\_naga@bk.ru)  
Магистрант 2 курса РШЧП  
ИЦЧП им. С.С. Алексеева  
при Президенте РФ

**Gleb Blinov**

2nd year Master's student of RSPL  
RCPL named after S.S. Alekseev  
under the President of the Russian  
Federation

## ПРОБЛЕМА КВАЛИФИКАЦИИ ТЕЛА И ЕГО ЧАСТЕЙ В КАЧЕСТВЕ ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

### THE PROBLEM OF QUALIFICATION OF THE HUMAN BODY AND ITS PARTS AS OBJECTS OF CIVIL RIGHTS

**АННОТАЦИЯ:** В рамках настоящей статьи рассматривается вопрос о квалификации человеческого тела, его частей и трупа в качестве объектов гражданских прав, допустимости распространения действия вещных прав на данные объекты. Исследование подходов различных правопорядков показывает, что тенденция к унификации подхода отсутствует, а на законодательные решения сильное влияние оказывают этические соображения. Делается вывод о допустимости и желательности признания трупа и отделенных частей тела вещами по смыслу российского Гражданского кодекса РФ.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *тело, труп, часть тела, субъектность, принцип no propeerty, проприетарный подход.*

**ANNOTATION:** This article considers the issue of qualification of the human body, its parts and corpse as objects of civil rights, including the permissibility of extending the scope of property rights to these objects. The study of the approaches of various legal systems shows that there is no tendency to unify the approach, and also legislative decisions are strongly influenced by ethical considerations. The conclusion is made about admissibility and desirability of recognizing a corpse and separated body parts as things under Russian Civil code.

**KEYWORDS:** *body, corpse, body part, subjectivity, 'no property' principle, property approach.*

**Н** а современном этапе развития человечества процессы коммодификации (превращения в товар) затрагивают все большее количество элементов окружающей нас действительности. Постепенно коммодификации подвергается и телесность человека, в результате чего происходит размытие границы, отделяющей субъекта от объекта. Потребности практической медицины и науки, с одной стороны, и все возрастающая автономия личности и либерализация правосознания, с другой стороны, приводят к созданию полноценных легальных рынков, товаром на которых выступают части человеческого тела: его органы, волосы, а также производные – кровь, моча, сперма и прочие (исследование рынка позволяет говорить даже о существующем обороте конечностей человека и его скелета<sup>1</sup>). Хотя традиционно отношения, в которых части человеческого тела выступают объектами, регулируются нормами публичного права, там, где возникает оборот, не может не «выйти на сцену» право частное.

#### 1. Физическое тело в праве. Границы субъектности

Что такое тело для права? В общенаучном смысле тело – это физическая структура человека, физическая часть в понимании его как биосоциального существа, где часть «био»

<sup>1</sup> См.: «Сколько стоит человек: от волос до почек и скелета» // <https://www.popmech.ru/science/387862-skolko-stoit-chelovek-ot-vołos-do-pochek-i-skeleta/> (Дата обращения: 10.01.2022)

состоит из физического и психологического аспектов. В юридической плоскости субъектность человека детерминируется, прежде всего, социальным аспектом<sup>2</sup>, психологический учитывается лишь при определении дееспособности лица, но иррелевантен для констатации человека в качестве субъекта права.

К физиологическому аспекту право относится двояко. С одной стороны, его метаморфозы (при условии ненаступления смерти человека, прекращающей его существование во всех аспектах) умышленно игнорируются зыждущимися на гуманистических ценностях современным правом при решении вопроса о правосубъектности лица. С этой точки зрения даже ожившую голову профессора Доуэля право должно признать субъектом. С другой стороны, изменения телесности человека ввиду внешних факторов или внутренних биологических процессов в правовой реальности может изменять «границы» субъекта в пространстве: человеческие органы и конечности, а также биологические производные организма (кровь, моча и т.д.) с момента отделения выходят из-под социального «я», а потому перестают быть частью субъекта. В этом смысле человек как субъект неделим, т.к. нельзя сказать, что отделенный орган по-прежнему является «продолжением личности», поскольку в нем отсутствует единство биологического и социального. Это позволяет предположить, что качество человека, позволяющее говорить о нем как о субъекте права, сосредоточено, локализовано в источнике «социальности» – в мозге, полное поражение которого лишает лицо социального бытия.

Легальное подтверждение этого видится в п. 1 ст. 66 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>3</sup>, которым устанавливается, что моментом смерти, с которым, помимо прочего, гражданское законодательство связывает прекращение правосубъ-

**КАЧЕСТВО ЧЕЛОВЕКА,  
ПОЗВОЛЯЮЩЕЕ ГОВОРИТЬ  
О НЕМ КАК О СУБЪЕКТЕ  
ПРАВА, СОСРЕДОТОЧЕНО,  
ЛОКАЛИЗОВАНО В ИСТОЧНИКЕ  
«СОЦИАЛЬНОСТИ» –  
В МОЗГЕ, ПОЛНОЕ ПОРАЖЕНИЕ  
КОТОРОГО ЛИШАЕТ ЛИЦО  
СОЦИАЛЬНОГО БЫТИЯ**

ектности лица, является момент биологической смерти человека или момент смерти его мозга (в таком случае тело будет признано трупом, т.е. объектом прав, даже если иные органы будут функционировать). Аналогичный критерий определения момента смерти упоминается также в ст. 9 Закона РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека»<sup>4</sup>.

Этим положением подтверждается, что материя тела человека является субъектом лишь при кумулятивном соблюдении двух условий:

1. Мозг должен быть живым;
2. Телесная материя физически «соединена» с мозгом, т.е. может подчиняться его командам (в том числе и опосредованно, как, например, волосы или зубы).

Следовательно, части человеческого организма при несоблюдении одного из названных условий приобретают признаки объекта гражданских прав. Причем при отпадении первого условия целое человеческое тело становится единым неделимым объектом, ввиду чего отпадает необходимость и основание говорить о конкретных его частях. Таким образом, тело и его части потенциально могут стать объектами гражданских прав<sup>5</sup>, а порой идея совмещения в теле признаков субъекта и объекта развивается в более «радикальном»

<sup>2</sup> См., например: Марухно В. М., Овсянникова Е. К. Человек как субъект права // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2015. №4. с. 148-150; См. также: Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999., с. 87.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru> - 10.01.2022.

<sup>4</sup> Закон РФ от 22.12.1992 N 4180-1 (ред. от 08.12.2020) «О трансплантации органов и (или) тканей человека» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru> - 10.01.2022

<sup>5</sup> Следует оговориться об особом положении мозга, который также является частью человеческого организма. Мы обозначали его в качестве источника «социальности» человека, а следовательно, и его правосубъектности, ввиду чего можно проследить следующую особенность: субъектом права на человеческий мозг как объектом гражданских прав не может являться его исконный обладатель, поскольку трансформация мозга в объект всегда будет сопряжена с утратой лицом своей правосубъектности вследствие смерти.

ключе, что приводит исследователей к признанию наличия у человека изначального «права собственности на свое тело»<sup>6</sup>.

## 2. Разграничение субъекта и объекта. Тело и его части как вещи

Отсюда применительно к вопросу о юридической квалификации тела человека возникает проблема разграничения субъекта права и объекта. Традиционный законодательный и доктринальный подход исходит из проведения демаркации между субъектом прав и их объектом. На философско-правовом уровне эту мысль выражает и И. А. Покровский, подчеркивая, что современное ему право, в отличие от древнего, признает, что «юридическое качество субъекта прав неотделимо от физического бытия человеческой личности»<sup>7</sup>.

Схожую позицию занимал Г. Ф. Шершеневич, полагая, что «соединение в одном лице объекта и субъекта права противно самой природе права»<sup>8</sup>, но при этом он допускал превращение того, что ранее являлось частью субъекта, в объект посредством физического отделения от субъекта. Например, по мнению классика, отделенная от человека «оперированная нога» становилась объектом и могла быть завещана<sup>9</sup>. Кроме того, объектом гражданских прав становится труп человека, утратившего качество субъекта после смерти<sup>10</sup>. Однако попадает ли тело человека, его части и биологические производные под какую-либо из перечисленных в ст. 128 Гражданского кодекса Российской Федерации<sup>11</sup> (далее по тексту –

ГК РФ) категорий объектов гражданских прав? Или они являются объектами *sui generis*?

Наиболее приемлемым с юридической точки зрения (но не с позиций морали) представляется отнесение их к категории вещей: они материальны, физически осязаемы, поддаются присвоению. В доктрине выделяется еще один признак вещи – наличие товарной формы, обусловленной вложенным трудом в объект<sup>12</sup>. Казалось бы, этот признак препятствует признанию большинства отделенных от человека «элементов» вещами (за исключением разве что волос, которые уже не первое столетие свободно обращаются на рынке), однако здесь следует возразить против самого такого критерия. Признак товарной формы, базирующийся на трудовой теории стоимости, является неактуальным, т.к. порождает противоречивые ситуации (например, относительно объектов, созданных в ходе природных процессов). Куда более подходящим основанием здесь следует признать теорию субъективной ценности<sup>13</sup>, не связывающую товарный характер объекта с участием труда в его создании. Так, едва ли в случайном отсечении конечности или естественной выработке мочи можно увидеть участие человеческого труда. Но ввиду того, что отсеченная конечность все же представляет ценность, как минимум, для одного лица, которому она может быть реплантирована, за ней необходимо признать все признаки вещи. По этим причинам видятся несостоятельными предложения о внесении изменений в ст. 128 ГК РФ с целью указания в ней органов,

<sup>6</sup> Например, эта идея последовательно отстаивается философом и экономистом либертарианского толка М. Ротбардом (Ротбард М. Этика свободы [Электронный источник] // URL: <https://www.andrewmarcus.ru/books/the-ethics-of-liberty>). И хотя автор существенно расширяет смещение субъекта и объекта прав, говоря о «праве собственности индивида на самого себя», применительно к телесному аспекту он самостоятельно выделяет главную проблемную область для применения своей концепции – как решается вопрос о «праве собственности на самого себя» в отношении детей (глава 9 названной работы). Неукоснительное следование правового регулирования такому философскому подходу приведет нас к тому, что законные представители должны осуществлять это право собственности ребенка на свое тело до приобретения им полной дееспособности, что как минимум спорно.

<sup>7</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – М.: Статут, 2020. – с. 121

<sup>8</sup> Учебник русского гражданского права / [соч.] Г. Ф. Шершеневича. - 10-е изд. - М.: тип. т-ва И. Н. Кушнерев и К<sup>о</sup>, 1912. - VIII, С. 80

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> Пожалуй, этот аспект вопроса является наиболее дискуссионным для частного права. Так, вещный подход к трупу поддерживается в Германии (Vossenkuhl W. The Non-Ownership Thesis: A German Perspective, "The Future of Bioethics: International Dialogues" (ed.: A. Akabayashi) Oxford University Press, 2014, p. 268), но отрицается практикой Верховного суда Австрии (в Постановлении по делу № 70b225/99k от 27.10.1999 суд указал, что труп не считается вещью, невзирая на крайне широкое понимание вещи в австрийском

гражданском праве, что выражено в параграфе 285 ABGB). Интересна практика судов стран общего права по этому вопросу. Они последовательно придерживаются принципа "No Property", отрицая возможность наличия прав собственности на мертвое тело (Anstey v. Mundle [2016] EWHC 1073), однако допускают возникновение таких прав у лица, которое своим трудом осуществило определенную обработку тела. Еще в старом деле *Doodeward v Spence* (1908, 6 CLR 406) австралийский суд отклонил возражение ответчика об отсутствии у истца собственности и удовлетворил требование истца о возврате мумифицированного им тела двухголового ребенка, поскольку приложение истцом навыков и усилий наделило тело «признаками, отличающими его от простого трупа, ожидающего захоронения». В российском правовом порядке восприятие трупа в качестве объекта гражданских прав подтверждается позицией Конституционного Суда РФ (Определение КС РФ от 24.06.2014 № 1350-О // СПС «Консультант»). Конституционным Судом РФ было отказано в принятии к рассмотрению жалобы гражданина на нарушение его конституционных прав статьей 128 ГК РФ, обусловленное тем, что судом по делу с участием гражданина мощи (которые, несомненно, являются трупом или, как минимум, его частью) были признаны объектом гражданских прав и после этого изъяты.

<sup>11</sup> «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 21.12.2021) // СПС Консультант.

<sup>12</sup> См.: Гражданское право: учебник: в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2019. – Т. I: Общая часть - с. 341-342.

<sup>13</sup> См.: Менгер К. Избранные работы. – М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. – 496 с.

## НАИБОЛЕЕ ПРИЕМЛЕМЫМ С ЮРИДИЧЕСКОЙ ТОЧКИ ЗРЕНИЯ (НО НЕ С ПОЗИЦИЙ МОРАЛИ) ПРЕДСТАВЛЯЕТСЯ ОТНЕСЕНИЕ ИХ К КАТЕГОРИИ ВЕЩЕЙ: ОНИ МАТЕРИАЛЬНЫ, ФИЗИЧЕСКИ ОСЯЗАЕМЫ, ПОДДАЮТСЯ ПРИСВОЕНИЮ

тканей и прочих частей тела человека в качестве объектов гражданских прав *sui generis*<sup>14</sup>. Стоит заметить, что признание частей человеческого тела вещами объясняется не столько самой их природой (мы называем их вещами исключительно в юридико-техническом смысле), сколько политико-правовыми соображениями: распространение вещно-правового режима на мертвое тело, части тела и его производные позволит дать надлежащую защиту потенциальному обладателю (самому субъекту, ставшему «источником» нового объекта, или его наследникам) вещных прав на тело, а с такой задачей, безусловно, лучше всего справляется наиболее полное вещное право – право собственности.

С другой стороны, распространение вещно-правового режима осуществляется и в интересе третьих лиц, поскольку собственность предполагает и некоторые возложения на субъекта (ст. 210 ГК РФ). Это особенно актуально, когда объектом выступает труп. Больница, в которой скончался человек, извещает его родственников с целью того, чтобы последние забрали тело, однако из их поведения очевидно следует нежелание забирать тело и осуществлять захоронение.

Федеральным законом «О погребении и похоронном деле»<sup>15</sup> устанавливается, что расходы на погребение умершего специализированной службой в таких случаях<sup>16</sup> возмещаются государством. Признание права собственности у отказавшихся родственников позволяет вменить им бремя надлежащего содержания тела умершего родственника, воздаяния ему почестей и осуществления захоронения. В случае же несения этого бремени специализированной службой ввиду отказа родственников государственные органы вправе взыскать понесенные в связи с этим расходы, прибегнув к институту неосновательного обогащения<sup>17</sup>.

### 3. Влияние частной автономии на вещно-правовой подход к телу и его частям

В зарубежной доктрине<sup>18</sup> порой указывается, что признание права собственности лица на части тела и его производные проистекает из принципа частной автономии. Такой подход представлен и в практике. Так, в США, в штате Калифорния, в одном из дел суд признал правомерным распоряжение (в форме завещания) мужчины в отношении «произведенного» им скопления спермы, обосновывая это наличием у него в момент смерти «интереса в собственности, в том числе с целью реализации своего полномочия (в тексте акта использовался термин «decision-making authority»)<sup>19</sup> распорядиться спермой так, чтобы она была использована в целях репродукции»<sup>20</sup>. Рассмотрим данную мотивировку подробнее, абстрагируясь от особенностей системы *common law*.

Как видно, решая вопрос о квалификации скопления спермы, генеральное значение суд придал не объективным качествам материи, а волевому

<sup>14</sup> См., например: Кудашова Т. Г. Признание органов и тканей человека объектами гражданского права: за и против // Известия ОГАУ. 2012. №35-1. С. 268-270.

<sup>15</sup> Федеральный закон от 12.01.1996 N 8-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «О погребении и похоронном деле» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru> – 10.01.2022.

<sup>16</sup> Закон прямо говорит о применении процедуры захоронения специализированной службой в случае отказа родственников только в случаях, когда лицо умирает в период отбывания наказания в месте лишения свободы (ст. 13). Однако представляется, что ст. 12, регулирующую процедуру захоронения при отсутствии родственников и иных лиц, взявших на себя обязанность по захоронению, следует толковать расширительно и применять в случаях, когда названные лица отказываются осуществить захоронение, поскольку будущее сложится состояние неопределенности из-за споров по вопросам о том, кто и когда должен осуществить захоронение, едва ли отвечает духу российского права и намерениям законодателя.

<sup>17</sup> В зарубежной доктрине, чтобы последовательно соблюдать вытекающий из этических предпосылок принцип “No Property” в отношении трупа, апеллируют к категориям «квазисобственности», «псевдособственности», подчеркивая этим, что полномочия (скорее, даже обязанности) даются лицам исключительно для целей захоронения (см.: George, A. Property in the Human Body Its Parts Reflections on Self-Determination in Liberal Society. EUI Working Paper LAW. No. 2001/8. P. 20). Однако представляется возможным избежать введения новых категорий, используя свойство «эластичности» права собственности: достаточно существенно ограничить его в отношении такого объекта, как труп.

<sup>18</sup> См.: George, A. Ibid. P. 35-38.

<sup>19</sup> Комментарий автора данной статьи

<sup>20</sup> Hecht v. Superior Court (Kane). California. Court of Appeal, Second District, Division 7, 1993.



отношению лица к ней<sup>21</sup>. Защищаемый судом интерес лица *prima facie* сводится к обеспечению для получателя (бывшая возлюбленная завещателя) возможности использовать объект, однако он куда шире: здесь присутствует интерес в обеспечении исключительности обладания объектом, в обеспечении защиты от всех внешних посягательств, что, по общему правилу, достигается путем надления получателя именно правом собственности. Немаловажно (по крайней мере, с точки зрения континентального правопонимания) также, что субъективный интерес поглощается признанным типичным интересом, формализованным в завещании, т.е. передача основана на каузе, достаточной для установления собственности получателя. Совокупность этих моментов действительно позволяет констатировать наличие интереса лица именно в собственности.

Достаточность индивидуальной воли для признания элемента материи вещью в юриди-

ческом смысле, объектом права собственности, хотя и является проявлением эволюции права в индивидуалистическом ключе, но никак не препятствует установлению позитивным законом ограничений права собственности, жидущихся, в том числе, на этических соображениях, на такие объекты.

Следует оговориться, что закрепленная в п. 1 ст. 150 ГК РФ в качестве нематериального блага личная неприкосновенность несколько не умаляется описываемым «утилитарным» подходом к проблематике правового режима тела и его частей. Напротив, физический аспект<sup>22</sup> личной неприкосновенности подтверждает, что только сам субъект правомочен принять решение об отделении частей от его тела (законом могут и должны предусматриваться случаи, когда такое решение может быть принято иными лицами в случае недееспособности субъекта, на что справедливо указывала

<sup>21</sup> Примечательно, что в данной позиции суда отчетливо прослеживается восприятие судом (возможно, невольное) теории субъективной полезности, о которой упоминалось ранее, что вполне соответствует тенденциям массовой коммодификации в капиталистическом обществе.

<sup>22</sup> О выделении физического и психологического аспектов личной неприкосновенности см.: Фаст И. А. Личная неприкосновенность // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. 2019. № 1. С. 182-186.

**ДОСТАТОЧНОСТЬ  
ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ВОЛИ ДЛЯ  
ПРИЗНАНИЯ ЭЛЕМЕНТА МАТЕРИИ  
ВЕЩЬЮ В ЮРИДИЧЕСКОМ СМЫСЛЕ,  
ОБЪЕКТОМ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ,  
ХОТЯ И ЯВЛЯЕТСЯ ПРОЯВЛЕНИЕМ  
ЭВОЛЮЦИИ ПРАВА  
В ИНДИВИДУАЛИСТИЧЕСКОМ  
КЛЮЧЕ, НО НИКАК НЕ  
ПРЕПЯТСТВУЕТ УСТАНОВЛЕНИЮ  
ПОЗИТИВНЫМ ЗАКОНОМ  
ОГРАНИЧЕНИЙ ПРАВА  
СОБСТВЕННОСТИ, ЗИЖДУЩИХСЯ,  
В ТОМ ЧИСЛЕ, НА ЭТИЧЕСКИХ  
СООБРАЖЕНИЯХ, НА ТАКИЕ  
ОБЪЕКТЫ**

еще Е. А. Флейшиц<sup>23</sup>), а также подчеркивает особый характер возникновения права собственности на отделенные части тела, чему будет уделено внимание в дальнейшем.

#### **4. Возникновение права собственности на части тела и труп**

Сам факт признания наличия у лица права собственности на утраченную конечность, орган или выработанные его организмом биологические производные позволит обосновать вполне очевидное притязание лица на обладание ими. Несколько затруднителен вопрос о том, каким способом будет приобретаться право собственности на часть тела или его производную, но однозначно можно определить, что, во-первых, приобретение это должно осуществляться в пользу самого лица-«источника», а во-вторых, приобретение это будет первоначальным (причем даже в случае заключения, например, договора купли-продажи крови, забор которой осуществляется непосредственно покупателем, изначально право возникнет у донора, а затем уже, реализуя свою распорядительную власть, он передаст кровь покупателю).

Обосновывая это положение с точки зрения позитивного права, можно опираться на два различных подхода. Назовем эти подходы условно традиционным (не признающим наличие у лица какого-либо вещного права на свое тело до отделения его частей) и проприетарным (допускающий смешение субъекта и объекта путем признания за человеком права собственности на свое тело).

#### **4.1. Традиционный подход**

С позиции традиционного подхода единственным возможным способом приобретения лицом права собственности на отделенную часть тела видится создание новой вещи для себя. Объект как таковой действительно возникает впервые в момент утраты связи с мозгом, поэтому применению подлежит абз. 1 п. 1 ст. 218 ГК РФ.

В буквальном истолковании данная норма значительно сужает случаи, когда в результате отделения части тела на нее будет приобретаться право собственности. Употребленную в тексте статьи фразу «вещь, созданную или изготовленную лицом для себя» вполне допустимо применять к ситуациям, когда речь идет о добровольном, сознательном извлечении органа донором (при осуществлении процедуры третьим лицом право собственности возникает все же у самого субъекта, т.к. третье лицо только как бы «заменяет» самого субъекта в процессе создания объекта в рамках исполнения своей обязанности, как это имеет место в подрядных отношениях) или выработке биологических производных. Но такая формулировка препятствует применению данной нормы к ситуациям недобровольного изъятия части тела субъекта третьими лицами или случайной ампутации конечностей.

Однако можно предложить решение этой проблемы при помощи права на личную неприкосновенность. Рассмотрим пример. Кто-либо без моего согласия срезает мои волосы, пока я сплю, – право собственности на них у похитителя не возникнет, поскольку гипотеза нормы абз. 1 п. 1 ст. 218 предусматривает правомерность действия, а его действие нарушает мое право на личную неприкосновенность. Вопрос: могу ли я,

<sup>23</sup> См.: Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. – М.: Статут, 2015. – с. 237-238.

помимо иска о компенсации морального вреда, заявить виндикационный иск в отношении своих волос? Конечно, мною не был вложен труд в создание новой вещи, но на ней лежит след моей личности, поскольку ранее волосы были «частью меня», ранее они охранялись моим правом на личную неприкосновенность. Именно этим я правомерно «участвовал» в создании нового объекта. Следовательно, поскольку право собственности первоначально возникло у меня, а сделок по переносу права собственности на похитителя мною совершено не было, я буду управомочен на виндикационный иск.

Аналогичный подход можно распространить и на случайную утрату лицом части тела.

Особая ситуация складывается в вопросе о приобретении права собственности на труп человека. Здесь переход от субъектного состояния к объектному также будет обусловлен разрывом связи с мозгом, но разрыв этот произойдет в результате гибели мозга. Однако весьма сложно определить, в чью имущественную массу должно попадать тело с момента превращения в вещь: догматически наследники умершего лица не могут приобрести право собственности на тело покойного или его прах, поскольку тело лица никогда не было в его имущественной массе, в связи с чем последовательным, но неэффективным будет признание его бесхозной вещью. В данном случае лучшим выходом видится введение специального законодательного регулирования, предусматривающего такой особый случай первоначального приобретения наследниками права собственности на труп умершего наследодателя.

#### 4.2. Проприетарный подход

Если же опираться на проприетарный подход, то механизмы приобретения права собственности на отделенные части тела будут различаться. Так, в случае отделения частей тела лицом самостоятельно или в результате случайных событий у лица-«источника» не возникает новое право

собственности на отделенную часть тела, а сохраняется то право собственности<sup>24</sup>, которое лицо имеет в отношении своего тела, поскольку изменений в абсолютном правоотношении не происходит, имущественная масса, право на которую собственник противопоставляет всем третьим лицам, количественно не изменяется. Субстанциональная трансформация вещи без участия третьих лиц (что отличает обсуждаемую ситуацию от спецификации) не изменяет обязанность третьих лиц воздерживаться от посягательств на имущественную массу лица, т.к. эта обязанность формализуется настолько, что при решении вопроса о предоставлении защиты собственнику праву безразлично, на какую конкретную вещь осуществляется посягательство, но важно лишь, что она является частью имущественной массы (количеством)<sup>25</sup>.

В отношении биологических производных организма право собственности на них будет возникать по правилам приобретения права собственности на плоды (ст. 136 ГК РФ). Заметим, что весьма сложно разграничить отделение тела от отделения плодов: те части, которые могут быть восстановлены телом в результате естественной регенерации, можно квалифицировать в качестве плодов, поскольку их отделение *prima facie* не будет изменять субстанцию тела (волосы, ногти, кровь и т.д.). Тем не менее провести границу весьма сложно, поскольку некоторые конечности также могут регенерироваться. Более того, даже в ситуации отделения восстанавливающихся частей не всегда можно говорить о сохранении субстанции вещи. Например, срезание высококачественных длинных волос девушки-модели, очевидно, может сильно повлиять на субстанцию и функциональное назначение ее тела как вещи, на которую она имеет право собственности, поскольку едва ли она сможет продолжить использовать его в рамках деятельности модели. В целом, сама возможность применения традиционных критериев – периодичности генерации плодов и сохранения ценности и хозяйственного назначения вещи,

<sup>24</sup> Стоит заметить, что в зарубежной доктрине с целью обоснования этого «радикального» проприетарного подхода используют аргумент «от противного»: поскольку современное право признает части тела (конечности, органы, биологические производные) объектами, способными находиться в собственности субъектов права, то, следовательно, и полноценное тело живого человека, представляющее соединение

этих частей, изначально находится в собственности у его «обладателя» (см.: Griggs, L. The Ownership of Excised Body Parts: Does an Individual Have the Right to Sell? *Journal of Law and Medicine*. 1994/1. 223 p.).

<sup>25</sup> Мысль о тождестве права собственности в случае разделения вещи была почерпнута мною в ходе обсуждения проблемы с коллегой в РШЧП.

от которой они отделяются,<sup>26</sup> – весьма спорна, так как трудно применять категории хозяйственного назначения, хозяйственной цели вещи к телу живого человека, даже в случае признания его вещью в таком состоянии: здесь нет места типизации, поскольку здесь ее неизбежным следствием будет отвержение идеи свободы личности.

В случае же отделения части тела третьим лицом приобретение права собственности будет осуществляться посредством института спецификации (ст. 220 ГК РФ), поскольку правопорядок будет вынужден учитывать ценность правомерного труда лица, осуществляющего переработку посредством отделения. На первый взгляд, в данном случае проблематично говорить о какой-либо переработке, поскольку деятельность лица состоит исключительно в отделении части от тела. Однако, во-первых, переработка может заключаться в искусном разделении или отделении (например, в ситуациях огранки драгоценных камней), а во-вторых, отделение части от тела с сохранением ее ценности, как правило, требует существенных трудовых затрат. Применением положений ст. 220 ГК РФ можно будет обосновать, почему право собственности, по общему правилу, возникает у лица-«источника» (как собственника перерабатываемого «материала») в отсутствие какого-либо волеизъявления с его стороны<sup>27</sup>.

Но здесь также имеется ряд изъянов, ставящих под сомнение возможность и целесообразность применения института спецификации. Положения абз. 2 п. 1 ст. 220 ГК РФ о приобретении права собственности спецификантом едва ли найдут применение в рамках такого подхода, поскольку трудно вообразить случаи, когда ценность труда по отделению органа будет превосходить ценность полученной части тела. Но, прежде всего, нормы ГК РФ о спецификации не справляются с одной из ключевых задач вещного подхода к пониманию тела человека, обозначенных нами ранее, – защита субъекта-«источника». Пункт 3

**ПО МЕРЕ РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА  
ПОДОБНЫЙ УТИЛИТАРНЫЙ ПОДХОД  
БУДЕТ ОПРАВДЫВАТЬ  
СЕБЯ, ОСОБЕННО КОГДА  
ПРОТЕЗИРОВАНИЕ ПЕРЕЙДЕТ НА  
КАЧЕСТВЕННО НОВЫЙ ЭТАП И  
СТАНЕТ ПОВСЕМЕСТНЫМ ЯВЛЕНИЕМ  
(ВЕДЬ ТО, ЧТО ОРГАНИЧЕСКИ  
ПРИСОЕДИНЯЕТСЯ К ЧЕЛОВЕКУ,  
ТАКЖЕ ПЕРЕСТАЕТ БЫТЬ ОБЪЕКТОМ  
И СТАНОВИТСЯ ЧАСТЬЮ СУБЪЕКТА)**

ст. 220 ГК РФ, описывающий распределение прав между собственником материалов и недобросовестным спецификантом, наделяет недобросовестного спецификанта правом собственности на получившуюся вещь, а собственник материалов получает лишь обязательственные права требования о передаче вещи в собственность и возмещении убытков. Применение этих положений к рассматриваемой нами проблеме приводит к несправедливому результату. Так, в ситуации неправомерного извлечения (с нарушением норм публичного права или без согласия лица-«источника») врачами медицинского учреждения органа у человека право собственности возникнет у учреждения, вследствие чего любые последующие распоряжения органом лишат пострадавшего возможности вернуть его, а его защита будет ограничена взысканием убытков.

Вопрос о приобретении права собственности на мертвое тело в рамках проприетарного подхода, казалось бы, должен решаться вполне очевидно: поскольку умерший имел право собственности на свое тело, то оно должно попадать в наследственную массу. Однако можно ли говорить о том, что мертвое тело является

<sup>26</sup> Такие критерии прослеживаются еще в римском праве (см. Дождев Д. В. Римское частное право : учебник / Д. В. Дождев ; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – Москва : Норма : ИНФРА-М, 2021. – с. 365-367).

<sup>27</sup> А. Манинг указывал, что в рамках спецификации «приобретение права собственности не зависит от направленной на него воли или ее выражения» (Манинг А. Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права, 2008, № 4). Хотя автор выставлял этот тезис с акцентом на волю спецификанта, представляется справедливым распространить аналогичный подход и на собственника материала. Более того, видится,

что приобретение права собственности на вещь путем ее создания (что важно для описываемого ранее традиционного подхода) также не зависит от воли создающего. Во всех трех ситуациях волеизъявление не входит в фактический состав, с формированием которого закон связывает возникновение права собственности у конкретного лица. Обратный подход был бы нецелесообразен, поскольку создавал бы возможность для злоупотреблений и волокиты: создатель потенциально опасной вещи, изъявляя нежелание приобретать право собственности, освобождался бы от тех возложений по заботе о вещи, которые обеспечивают безопасность третьих лиц.

субстанционально той же вещью, которой было живое? Едва ли. Применяя описанную выше логику сохранения тождественного права, возможно, допустимо применить и здесь, но дать окончательный ответ затруднительно.

### 4.3. Сравнение подходов

С точки зрения функционального метода данные подходы в большинстве случаев приводят к аналогичному результату: право собственности на отделенную часть тела возникнет у лица-«источника», и при этом ни один подход не требует для этого его волеизъявления. Однако имеются некоторые различия:

1. В рамках традиционного подхода право собственности на отделенную часть тела всегда будет возникать свободным от обременений, а в рамках проприетарного подхода мыслимы ситуации, когда отделенная часть тела сохранит обременение<sup>28</sup>.
2. В рамках традиционного подхода при отделении недобросовестным лицом части тела субъекта-«источника» последний получает вещно-правовую защиту, а в рамках проприетарного подхода – лишь обязательственное требование к недобросовестному лицу.

Остальные различия, касающиеся права собственности на отделенные части тела, если и имеются, то являются мнимыми. Например, проприетарный подход допускает применение п. 2 ст. 220 ГК РФ, предоставляющего спецификанту, отделившему часть от тела лица-«источника», право требовать возмещения стоимости операции по отделению части тела. Однако традиционный подход также будет решать эту проблему, но путем применения правил о неосновательном обогащении.

Резюмируя, заметим, что на данном этапе развития права принять следует традиционный подход – проприетарный подход попросту не принимается современными правовыми порядками. Так, применительно к немецкому праву исследователи отмечают, что отношение человека к

своему телу сильно приближается к отношению собственности, но все же не является таковым<sup>29</sup>. Аналогичный вывод можно встретить, например, среди исследователей японского правового порядка<sup>30</sup>. Ввиду этого (по крайней мере, до внесения каких-либо изменений в отечественное законодательство) предпочтение следует отдать первому, традиционному подходу.

Какие-либо подвижки в пользу проприетарного подхода, как представляется, будут возможны, когда большинство правовых порядков окончательно остановятся на понимании в качестве объектов права собственности отделенных частей тела и трупа. Текущей же задачей является продвижение вещной концепции в целом.

## 5. Заключение

Резюмируя вышесказанное, отметим, что от вещного подхода не следует отворачиваться по этическим соображениям. Признание частей тела, биологических производных, а также мертвого тела вещами происходит исключительно в юридической сфере, т.е. в системе абстрактных категорий и правил, построение которой подчиняется не только этическим соображениям, но также и утилитарным. По мере развития общества подобный утилитарный подход будет оправдывать себя, особенно когда протезирование перейдет на качественно новый этап и станет повсеместным явлением (ведь то, что органически присоединяется к человеку, также перестает быть объектом и становится частью субъекта).

В заключение следует отметить, что признание допустимости распространения вещно-правового режима на части тела человека, а также на целое тело мертвого человека не является предметом исследования, его окончательной точкой и удовлетворительным результатом. Далее следует не менее крупный вопрос, заслуживающий отдельного исследования: какова «широта» права собственности на столь специфические объекты? Отечественный законодатель, как и большинство других, предельно ограничивает

<sup>28</sup> Подобное положение возникает из немишуемого следствия применения проприетарного подхода, а именно признания допустимости совершения лицом актов распоряжения своим телом.

<sup>29</sup> См.: Vossenkuhl W. Ibid, p. 268.

<sup>30</sup> См.: Kai K. Legal Status of the Human Body and Tissues, "The Future of Bioethics: International Dialogues" (ed.: A. Akabayashi) Oxford University Press, 2014, p. 275-277.

оборотоспособность частей тела, однако целесообразно ли это? Почему лицо не вправе самостоятельно распорядиться, например, своей почкой с целью извлечения материальной выго-

ды? Для такого запрета должны быть веские аргументы, главный из которых – апелляция к защите нравственности – постепенно утрачивает свое значение в современном мире.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научные источники:

1. Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1999., 216 с.
2. Гражданское право: учебник: в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2019 – Т. I: Общая часть – 576 с.
3. Дождев Д. В. Римское частное право: учебник / Д. В. Дождев; под общ. Ред. В. С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – Москва: Норма: ИНФРА-М, 2021. – 784 с.
4. Кудашова Т. Г. Признание органов и тканей человека объектами гражданского права: за и против // Известия ОГАУ. 2012. №35-1. С. 268-270.
5. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права, 2008, № 4.
6. Марухно В. М., Овсянникова Е. К. Человек как субъект права // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки. 2015. №4. с. 148-150.
7. Менгер К. Избранные работы. – М.: Издательский дом «Территория будущего», 2005. – 496 с.
8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – М.: Статут, 2020. – 351 с.
9. Ротбард М. Этика свободы [Электронный источник] // URL: <https://www.andrewmarcus.ru/books/the-ethics-of-liberty>
10. Учебник русского гражданского права / [соч.] Г. Ф. Шершеневича. – 10-е изд. – М.: тип. т-ва И. Н. Кушнерев и К<sup>о</sup>, 1912. – VIII, 951 с.
11. Фаст И. А. Личная неприкосновенность // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. 2019. № 1. С. 182-186.
12. Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. – М.: Статут, 2015. – с. 237-238.
13. George, A. Property in the Human Body Its Parts Reflections on Self-Determination in Liberal Society. EUI Working Paper LAW. No. 2001/8. 88 p.
14. Griggs, L. The Ownership of Excised Body Parts: Does an Individual Have the Right to Sell? // Journal of Law and Medicine. 1994/1. 223 p.
15. Kai K. Legal Status of the Human Body and Tissues, “The Future of Bioethics: International Dialogues”

(ed.: A. Akabayashi) Oxford University Press, 2014, p. 275-277.

16. Vossenkuhl W. The Non-Ownership Thesis: A German Perspective, “The Future of Bioethics: International Dialogues” (ed.: A. Akabayashi) Oxford University Press, 2014, p. 268-283.

### Нормативные акты:

17. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 21.12.2021) // СПС Консультант.
18. Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru>
19. Федеральный закон от 12.01.1996 N 8-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «О погребении и похоронном деле» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru>
20. Закон РФ от 22.12.1992 N 4180-1 (ред. от 08.12.2020) «О трансплантации органов и (или) тканей человека» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://pravo.gov.ru>

### Судебная практика:

21. Постановление Верховного суда Австрии по делу № 7Ob225/99k от 27.10.1999 [Электронный источник] // URL: <https://www.ris.bka.gv.at>
22. Anstey v. Mundle [2016] EWHC 1073// <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>
23. Doodeward v Spence (1908, 6 CLR 406) // <http://www6.austlii.edu.au/>
24. Определение КС РФ от 24.06.2014 № 1350-О // СПС «Консультант»
25. Hecht v. Superior Court (Kane). California. Court of Appeal, Second District, Division 7, 1993 // <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov>

### Электронные ресурсы:

26. «Сколько стоит человек: от волос до почек и скелета» // <https://www.popmech.ru/science/387862-skolko-stoit-chelovek-ot-voles-do-pochek-i-skeleta/>



УДК 347.736



**Телюкина Марина Викторовна**

Доктор юридических наук,  
профессор кафедры гражданского  
права Института права  
и национальной  
безопасности РАНХиГС  
при Президенте РФ

**Marina Telyukina**

Doctor of Law, Professor of the  
Department of Civil Law of the  
Law and National Security Institute of the  
Russian Presidential Academy of National  
Economy and Public Administration  
under President of the Russian Federation

## КОРЕЛЛЯЦИОННОЕ СУБОРДИНИРОВАНИЕ КАК НЕГАТИВНАЯ ТЕНДЕНЦИЯ НОВЕЙШЕЙ ПРАКТИКИ КОНКУРСНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

### CORRELATION SUBORDINATION AS A NEGATIVE TREND OF THE RECENT PRACTICE OF COMPETITIVE LIABILITY

**АННОТАЦИЯ:** Одним из направлений реализации конкурсной ответственности может быть названо привлечение к субсидиарной ответственности по обязательствам должника определенных субъектов и/или субординирование их требований. В настоящее время сложилась весьма негативная тенденция не вполне обоснованного привлечения к указанной ответственности, поименованная автором тенденцией корреляционного субординирования, являющейся весьма негативной, что влечёт необходимость разработки контртенденции; соответствующие механизмы предложены в настоящей статье.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** конкурсные отношения, конкурсное право, конкурсная ответственность, субсидиарная ответственность, субординирование требований, корреляционное субординирование, корреляционный субординируемый, злоупотребление правом, арбитражный управляющий, контролирующее должника лицо, аффилированный субъект.

**ANNOTATION:** One of the directions of implementation of bankruptcy responsibility may be called as bringing to vicarious liability for debtor's obligations of certain entities and/or subordination of their claims. Currently, there is a very negative trend of not fully justified bringing to the specified responsibility, called by the author the trend of correlative subordination, which is very negative, which entails the need to develop a counter-trend; the relevant mechanisms are proposed in this article.

**KEYWORDS:** bankruptcy relations, bankruptcy law, bankruptcy liability, subsidiary liability, subordination of claims, correlative subordination, correlative subordinate, abuse of right, bankruptcy trustee, controlling person of debtor, affiliated entity.

**П**од конкурсными отношениями мы традиционно понимаем отношения, складывающиеся между должником, не исполняющим свои обязательства и/или обязанности, его кредиторами и третьими лицами; в числе последних могут быть контрагенты, учредители (участники) должника, аффилированные лица самого должника и/или его кредиторов и контрагентов. В конкурсные отношения вовлекается (часто не очень ожидаемо, поскольку данные риски относятся, как правило, к слабопрогнозируемым) множество субъектов, имеющих тот или иной интерес в активах и/или деятельности должника.

В настоящей статье основное внимание будет уделено анализу некоторых аспектов статуса должников-юридических лиц, однако рассмотренная проблематика актуальна (с необходимой сущностной корректировкой) и для должников-физических лиц.

Под конкурсной ответственностью предлагается понимать возмещение убытков, возникших вследствие действий определенных субъектов, нарушающих нормы конкурсного права. По данному критерию целесообразно дифференцировать конкурсную ответственность, регламентированную нормами Закона «О несостоятельности (банкротстве) и ответственность

гражданско-правовую, регламентированную нормами ГК РФ и иных федеральных законов. Отметим доктринальный интерес к проблематике гражданско-правовой ответственности<sup>1</sup>, подробное исследование которой выходит за рамки настоящей статьи.

Специфика конкурсной ответственности определяется спецификой нарушений прав кредиторов, претендующих на как можно более полное удовлетворение своих требований; при этом действия должника и/или аффилированных с ним лиц имеют, как правило, противоположную направленность, определяемую не вполне добросовестными целями увода активов из правового поля, доступного кредиторам. Впрочем, нельзя не отметить ситуации, когда указанные действия должника (с аффилированными лицами) имеют целью защиту от рейдерского захвата, осуществляемого посредством использования конкурсных норм, что, к сожалению, нельзя назвать редким явлением<sup>2</sup>.

Конкурсная ответственность – явление многоаспектное и малоизученное. Данный термин в доктрине не употребляется: как правило, учёные говорят об имущественной ответственности при банкротстве<sup>3</sup>; целесообразно ввести данный термин в научный оборот. В частности, под данную конструкцию подпадает ответственность руководителя/ликвидационной комиссии за незаявление о банкротстве должника, ответственность арбитражного управляющего, ответственность КДЛ (контролирующих должника лиц).

В качестве дискуссионного отметим вопрос правовой квалификации в области ответственности такого относительно нового правового явления, как субординирование требований кредиторов, то есть понижение очередности требования субъекта, имеющего аффилированные взаимосвязи с должником. Представляется, что речь идёт об ответственности, но в нестандартном проявлении её реализации.

В настоящее время субординирование требований кредиторов на практике весьма распространено, причём правовая база данного явления несколько дефектна, так как определяется не законодательством, а выводами судебной практики на уровне Обзора ВС РФ<sup>4</sup>, сущностно связанного с Постановлением Пленума ВС РФ<sup>5</sup>. Отметим, что соответствующая практика имела место и до её обобщения<sup>6</sup>.

Нельзя не отметить, что в настоящее время практика субординирования (применим также термин «субординация») требований, строго говоря, Закону о банкротстве противоречит, поскольку последний регламентирует очередность удовлетворения требований кредиторов императивными нормами. Интересно отметить, что термин «субординирование» не является легальным (условно) даже на уровне судебной практики, поскольку в выводах Обзора от 29.01.2020 для обозначения соответствующих отношений используется весьма громоздкая конструкция –

## КОНКУРСНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ – ЯВЛЕНИЕ МНОГОАСПЕКТНОЕ И МАЛОИЗУЧЕННОЕ. ДАННЫЙ ТЕРМИН В ДОКТРИНЕ НЕ УПОТРЕБЛЯЕТСЯ: КАК ПРАВИЛО, УЧЁНЫЕ ГОВОРЯТ ОБ ИМУЩЕСТВЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРИ БАНКРОТСТВЕ

<sup>1</sup> Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М. 1976. Вятчин В.А. О видах гражданско-правовой ответственности. Наука Красноярья. 2017. Том 6. № 4. С. 7-26. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. М. 1955. Кожин С.П. Виды гражданско-правовой ответственности и условия её наступления по российскому законодательству. Актуальные проблемы современности: наука и общество. 2016. № 3. с. 25-29. Малейн Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М. 1968.

<sup>2</sup> См., напр., Сафронов Я. В. Что делать, если под видом банкротства происходит захват имущества должника. <https://www.law.ru/article/22179-cto-delat-esli-pod-vidom-bankrotstva-proishodit-zahvat-imushchestva-dolznika>. <https://www.law.ru/article/22179-cto-delat-esli-pod-vidom-bankrotstva-proishodit-zahvat-imushchestva-dolznika>. (дата доступа 22.02.2022). Шелудько А. Рейдерский захват с использованием механизмов банкротства или легальный способ атаковать Ваш бизнес. [https://zakon.ru/blog/2017/9/29/rejderskij\\_zahvat\\_s\\_ispolzovaniem\\_mehanizmov\\_bankrotstva\\_ili\\_legalnyi\\_sposob\\_atakovat\\_vash\\_biznes](https://zakon.ru/blog/2017/9/29/rejderskij_zahvat_s_ispolzovaniem_mehanizmov_bankrotstva_ili_legalnyi_sposob_atakovat_vash_biznes). (дата доступа 22.02.2022).

<sup>3</sup> См., напр., Абрамов С.И. Роль правовых презумпций в контексте реформирования института имущественной ответственности при банкротстве. Актуальные проблемы российского права. 2019. № 11. С. 52-62.

<sup>4</sup> Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника лиц и аффилированных с ним лиц. Утверждён Президиумом ВС РФ 29.01.2020.

<sup>5</sup> Постановление Пленума ВС РФ от 21.12.2017 г. «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующего должника лиц к ответственности при банкротстве».

<sup>6</sup> Определение СК по экономическим спорам ВС РФ от 6 августа 2015 г. № 302-ЭС15-3973. Определении ВС РФ от 21.02.2018 по делу №А68-10446/2015. Определение ВС от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556 (1,2). Определение ВС РФ от 20 августа 2020 года № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017.



«требования, подлежащие удовлетворению в очередности, предшествующей распределению ликвидационной квоты».

Отметим доктринальный интерес к проблематике субординирования<sup>7</sup> и привлечения к субсидиарной ответственности КДЛ<sup>8</sup>, подробное рассмотрение которых выходит за рамки настоящей статьи.

Анализ практики, складывающейся в последнее время, позволяет утверждать, что однозначно констатируется следующая негативная тенденция: привлечение к субсидиарной ответственности и/или субординирование требований субъектов, связь с которыми у должника имеется, но является опосредованной, отдалённой, не по-

зволяющей этим субъектам должника контролировать. Развитие указанной тенденции в данный момент пиковое, так как начала она реализовываться примерно 5-7 лет назад, что приносит серьёзный доход, поскольку влечёт пополнение конкурсной массы за счёт реализации требований к значительному количеству субъектов. В итоге в выигрыше оказывается и сам должник, и его кредиторы (участники), за исключением привлечённых к ответственности, и кредиторы, и арбитражный управляющий, и даже арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве.

В настоящее время очень многие конкурсные процессы сопровождаются заявлением арбитражного управляющего требований к субсидиарно

<sup>7</sup> Ключевская Н. Субординация в банкротстве: правовые реалии и новые ориентиры для судов. <https://www.garant.ru/article/1332458/>, (дата доступа 22.02.2022). Минуллина К.А. Предеин Н.М. Субординация обязательственных требований как инструмент защиты независимых кредиторов в институте банкротства. Скиф. Вопросы студенческой науки. 2020. № 1 (41). С. 277-281. Мифтахутдинов Р.Т. Эволюция института субсидиарной ответственности при банкротстве: причины и последствия правовой реформы // Закон. 2018. № 5. С. 187 – 191. Шалашов А. Субординирование требований контролирующего должника лиц. <https://www.consultant-dv.ru/periodika/gazeta-vernoe-reshenie/vypusk-08-20-08-20/subordinirovanie-trebovaniy-kontroliuyushchikh-dolzhnika-lits/>, (дата доступа 22.02.2022).

<sup>8</sup> Жигалова, С. В. Правовая природа субсидиарной ответственности контролирующего должника лиц при несостоятельности. Молодой ученый. 2019. № 12 (250). С. 166-168. 9. Ломакин Д., Гентовт О. Ответственность контролирующих лиц: правовая природа и механизм привлечения к ней. Хозяйство и право. 2016. № 1 (468). С. 12-39. Ритер А. Ю. Субсидиарная ответственность контролирующего должника лиц. Экономика и бизнес: теория и практика. 2019. № 4-1. С. 167-171. Свириденко О.М. Актуальные вопросы субсидиарной ответственности в деле о банкротстве должника. Частное право. JUS PRIVATUM. 2018. № 12 (145). Туктамышева С.В. Субсидиарная ответственность контролирующего должника лиц в деле о банкротстве должника. Теология. Философия. Право. 2019. № 1 (9). С. 37-48. Шевченко И.М. К вопросу об определении размера субсидиарной ответственности контролирующего должника лица в деле о банкротстве // Судья. 2018. № 4. С. 42 – 46.

ответственным субъектам и/или о субординировании требований, причём нередко адресаты указанных заявлений совпадают, то есть требования субъекта, привлекаемого к субсидиарной ответственности, субординируются.

Однако при этом нередко за рамками внимания как практики, так и доктрины остаются нарушаемые интересы субъектов, которые, возможно, и связаны определённым образом с должником, но не настолько, чтобы реально определять его действия.

В целях оптимизации терминологии тенденцию, определяющую необдуманное и/или слаботивированное привлечение субъектов к субсидиарной ответственности по обязательствам должника и/или субординирование требований, предлагаю именовать корреляционным субординированием, а субъектов, таким образом привлекаемых к ответственности, – корреляционными субординантами.

Данный новый термин обоснован тем, что, к сожалению, в рамках рассматриваемой тенденции даже слабой/относительной/условной корреляции должника и определенного субъекта достаточно для субординирования последнего, в том числе (в широком понимании субординирования) привлечения его к субсидиарной ответственности по обязательствам должника.

Развитие (к сожалению, весьма активное в настоящее время) данной негативной тенденции корреляционного субординирования определяется рядом факторов, среди которых: 1) неоднозначность и/или запутанность экономических механизмов, опосредующих взаимосвязи между субъектами экономической деятельности, а также нюансы их юридического оформления, базирующегося, нередко, на нормах иностранных юрисдикций, весьма сложных для понимания как судей, так и юристов, не занимающихся указанной проблематикой постоянно; 2) утилитарная выгода взыскания субсидиарных выплат/субординирования требований (в том числе не основанных на законе) для

значительного количества заинтересованных лиц, в числе которых сам должник (наполнение конкурсной массы), арбитражный управляющий (надлежащее «исполнение» обязанностей), контролирующие лица, в том числе привлечённые к ответственности (объём их ответственности снижается).

Ответ на вопрос “Cui prodest?” очевиден. Интересов много, и все они всеми доступными средствами пытаются добиться, во-первых, субординирования требований, во-вторых, привлечения к субсидиарной ответственности, а в идеале, и того, и того.

Сказанное иллюстрирую примером из судебной практики. Два бизнес-партнера имели

длительные (несколько десятилетий) деловые взаимосвязи, проявлявшиеся в развитии ряда совместных проектов, взаимном финансировании, в том числе посредством использования сложных схем с привлечением иностранных компаний нескольких уровней. После того как один из них вследствие банкротства бизнеса, к которому второй не имел прямого отношения, был привлечён к субсидиарной ответственности, арбитражный управляющий, обнаруживший имевшиеся бизнес-взаимосвязи, потребовал привлечения второго к субсидиарной ответственности,

**МОГУ СПРОГНОЗИРОВАТЬ,  
ЧТО В ТЕЧЕНИЕ 1-3 ЛЕТ  
СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА,  
В ТОМ ЧИСЛЕ ПРАКТИКА  
ВС РФ, ОБРАТИТСЯ  
К ДАННОЙ  
ПРОБЛЕМАТИКЕ  
И СОЗДАСТ  
ДЕЙСТВУЮЩИЕ  
(А НЕ ГИПОТЕТИЧЕСКИЕ)  
МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ  
КОРРЕЛЯЦИОННЫХ  
СУБОРДИНАНТОВ**

а также субординирования требований. Тенденция корреляционного субординирования в полной мере реализована в данном деле.

Считаю, что в настоящее время перед юридическим сообществом стоит важнейшая задача – создание контртенденции, опосредующей защиту интересов экономических субъектов, пусть даже тем или иным образом связанных с должником, но не предпринимавших действия, направленные на доведение должника до банкротства (выше было предложено в целях упрощения терминологии именовать их корреляционными субординантами).

Могу спрогнозировать, что в течение 1-3 лет судебная практика, в том числе практика ВС РФ, обратится к данной проблематике и создаст действующие (а не гипотетические) механизмы защиты

корреляционных субординантов. В настоящее время уже встречаются, хоть и крайне немногочисленные, судебные акты, в которых суды отказывают в субординации требований по причине отсутствия соответствующих оснований<sup>9</sup>.

В целях защиты интересов корреляционных субординантов и связанных с ним лиц считаю целесообразным сделать акцент на усилении доказывания отсутствия факта влияния данных субъектов на принятие должником управленческих решений, приведших к неплатежеспособности и банкротству должника, в том числе с учётом практики.

В частности, толкование, представленное в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 N 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (п. 5), Обзоре судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утверждённом Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020 (п.п. 2, 3, 11) подтверждает позицию, в соответствии с которой заявления о привлечении к субсидиарной ответственности/субординированию требований могут совершаться со злоупотреблением правом.

Далее обращу внимание на следующий аспект анализируемой проблематики. При заявлении требования к корреляционному субординанту, не являющемуся контролирующим лицом, чьи действия/решения влияли на формирование/выражение воли должника, арбитражному суду требуется значительное количество времени (которого, как правило, у суда нет) посвятить анализу ситуации, определяемой использованием, в том числе, сложных, не знакомых российскому законодательству (а потому, с точки зрения российской судебной практики, опасных) экономико-правовых схем с компаниями первого/второго уровней, залоговыми механизмами, реализацией взаимовлияния в отношении третьих лиц, с банкротом никак не связанных и т.д.

При этом нередко позиция лиц, заинтересованных в реализации на практике тенденции корреляционного субординирования, основывается на

голословных, но местами вполне убедительных заявлениях, которые могут быть поставлены судами во главу угла в силу нежелания вникать в детали (проще говоря, «на всякий случай», что в настоящее время весьма неудивительно).

Так как речь может идти о построении экономических взаимосвязей, то в целях формирования контртенденции, то есть тенденции к нейтрализации тенденции корреляционного субординирования, видится более убедительным для судебных инстанций заключение независимой компании/эксперта, которое подтвердит легитимность использования в российской экономической/правовой реальности тех схем и взаимосвязей, которые имели место на практике.

Вывод независимого эксперта о том, что указанные схемы не могли привести ни к аффилированности, влияющей на отношения банкротства, ни к влиянию на принятие должником управленческих решений для судов, будет звучать гораздо убедительнее, чем аргументы/контраргументы сторон, изложенные в труднодоступной для судов лексике.

Следующий потенциальный механизм, направленный на нейтрализацию тенденции корреляционного субординирования, связан с использованием конструкции злоупотребления правом.

Злоупотребление правом квалифицируется ГК РФ как заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (п.1 ст. 10 ГК РФ), которое не допускается. Нормами п. 2 ст. 10 ГК РФ установлено, что в случае допущения лицом злоупотребления правом арбитражный суд отказывает лицу в защите принадлежащего ему права.

Следует отметить, что конструкция «суд отказывает» не должна рассматриваться как устанавливающая право суда отказать или не отказать в защите, поскольку суд, не являясь участником гражданских правоотношений, не имеет и не может иметь права и обязанности, а имеет компетенцию. Компетенция должна реализовываться судом при наличии указанных в законе условий, на что обращает внимание доктрина<sup>10</sup>. Таким образом, неприменение арбитражным судом последствия в виде отказа в защите права является нарушением со стороны суда.

<sup>9</sup> См., напр., Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 30.09.2021 N 305-ЭС19-27640(2) по делу N А40-269386/2018).

<sup>10</sup> Егорова М.А. Компетенция судов: новые правила и механизмы. Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2018. № 1 (20). С. 73-77.

Механизм отказа в защите права может быть применён, в том числе, в ситуациях, когда определённый субъект (кредитор, арбитражный управляющий) направляет в арбитражный суд заявление, из содержания которого усматривается факт злоупотребления правом.

В п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» дано следующее толкование: «Согласно пункту 3 статьи 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. В силу пункта 4 статьи 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. По общему правилу пункта 5 статьи 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное. Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения»<sup>11</sup>.

Заявление требований о привлечении к субсидиарной ответственности субъекта, не подпадающего под признаки контролирующего лица, а также о субординировании требований, не подлежащих субординированию, может быть квали-

фицировано, в зависимости от обстоятельств, как 1) злоупотребление правом со стороны управляющего; 2) ненадлежащее исполнение обязанностей управляющим. Ключевым фактором является оценка степени разумности действий управляющего – насколько он имел доступ к документам, из которых следовал статус субъекта (якобы контролирующего должника).

Ненадлежащее исполнение обязанностей влечёт ответственность арбитражного управляющего, при этом не установлено исключений для ситуаций, когда управляющим в деле о банкротстве кредитной организации является АСВ, что представляет собой особую проблему, которую обозначим, не рассматривая в данной статье подробно. Заявление требований из ненадлежащего исполнения обязанностей арбитражного управляющего к АСВ в настоящее время на практике не наблюдается, но теоретически возможно.

Злоупотребление правом влечёт правовое последствие в виде отказа в защите права. Вследствие этого разумно заявить, что суд обязан отказать в защите права субъекта, злоупотребляющего правом при заявлении требования о субординировании требований и привлечении к субсидиарной ответственности, в том числе если таковым субъектом является арбитражный управляющий – АСВ.

Резюмируя сказанное в настоящей статье, отметим, что наблюдаемая в настоящее время тенденция, состоящая в недостаточно обдуманном привлечении к субсидиарной ответственности и/или субординировании требований определённых субъектов, может быть 1) названа тенденцией к корреляционному субординированию; 2) охарактеризована как негативная; 3) нуждается в нейтрализации посредством разработки и внедрения предложенных автором настоящей статьи правовых механизмов.

**ЗАЯВЛЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ  
ИЗ НЕНАДЛЕЖАЩЕГО  
ИСПОЛНЕНИЯ  
ОБЯЗАННОСТЕЙ  
АРБИТРАЖНОГО  
УПРАВЛЯЮЩЕГО К АСВ  
В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ  
НА ПРАКТИКЕ  
НЕ НАБЛЮДАЕТСЯ,  
НО ТЕОРЕТИЧЕСКИ  
ВОЗМОЖНО**

<sup>11</sup> Постановление Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».



**БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК**

**Научные литература:**

1. Абрамов С.И. Роль правовых презумпций в контексте реформирования института имущественной ответственности при банкротстве. Актуальные проблемы российского права. 2019. № 11. С. 52-62.
2. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М. 1976.
3. Вятчин В.А. О видах гражданско-правовой ответственности. Наука Красноярья. 2017. Том 6. № 4. С. 7-26.
4. Егорова М.А. Компетенция судов: новые правила и механизмы. Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2018. № 1 (20). С. 73-77.
5. Жигалова, С. В. Правовая природа субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц при несостоятельности. Молодой ученый. 2019. № 12 (250). С. 166-168.
6. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. М. 1955.
7. Ключевская Н. Субординация в банкротстве: правовые реалии и новые ориентиры для судов. <https://www.garant.ru/article/1332458/>. (дата доступа 22.02.2022).
8. Кожин С.П. Виды гражданско-правовой ответственности и условия её наступления по российскому законодательству. Актуальные проблемы современности: наука и общество. 2016. № 3. с. 25-29.
9. Ломакин Д., Гентовт О. Ответственность контролирующих лиц: правовая природа и механизм привлечения к ней. Хозяйство и право. 2016. N 1 (468). С. 12-39.
10. Малейн Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М. 1968.
11. Минуллина К.А. Предеин Н.М. Субординация обязательственных требований как инструмент защиты независимых кредиторов в институте банкротства. Скиф. Вопросы студенческой науки. 2020. № 1 (41). С. 277-281.
12. Мифтахутдинов Р.Т. Эволюция института субсидиарной ответственности при банкротстве: причины и последствия правовой реформы // Закон. 2018. N 5. С. 187-191.
13. Ритер А. Ю. Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц. Экономика и бизнес: теория и практика. 2019. № 4-1. С. 167-171.
14. Сафронов Я. В. Что делать, если под видом банкротства происходит захват имущества должника. <https://www.law.ru/article/22179-что-делат-esli-pod-vidom-bankrotstva-proishodit-zahvat-imushchestva-doljnika>. (дата доступа 22.02.2022).

15. Свириденко О.М. Актуальные вопросы субсидиарной ответственности в деле о банкротстве должника. Частное право. IUS PRIVATUM. 2018. № 12 (145).
16. Туктамышева С.В. Субсидиарная ответственность контролирующих лиц в деле о банкротстве должника. Теология. Философия. Право. 2019. № 1 (9). С. 37-48.
17. Шалашов А. Субординирование требований контролирующих должника лиц. <https://www.consultant-dv.ru/periodika/gazeta-vernoe-reshenie/vypusk-08-20-08-20/subordinirovanie-trebovaniy-kontroliruyushchikh-dolzhnika-lits/>. (дата доступа 22.02.2022).
18. Шевченко И.М. К вопросу об определении размера субсидиарной ответственности контролирующего должника лица в деле о банкротстве // Судья. 2018. N 4. С. 42 – 46.
19. Шелудько А. Рейдерский захват с использованием механизмов банкротства или легальный способ атаковать Ваш бизнес. [https://zakon.ru/blog/2017/9/29/rejderskij\\_zahvat\\_s\\_ispolzovaniem\\_mehanizmov\\_bankrotstva\\_ili\\_legalnyj\\_sposob\\_atakovat\\_vash\\_biznes](https://zakon.ru/blog/2017/9/29/rejderskij_zahvat_s_ispolzovaniem_mehanizmov_bankrotstva_ili_legalnyj_sposob_atakovat_vash_biznes). (дата доступа 22.02.2022).

**Судебная практика:**

20. Постановление Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».
21. Постановление Пленума ВС РФ от 21.12.2017 г. «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве».
22. Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц. Утверждён Президиумом ВС РФ 29.01.2020.
23. Определение СК по экономическим спорам ВС РФ от 6 августа 2015 г. № 302-ЭС15-3973.
24. Определении СК по экономическим спорам ВС РФ от 21.02.2018 по делу №А68-10446/2015. Определение ВС от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556 (1,2).
25. Определение СК по экономическим спорам ВС РФ от 20 августа 2020 года № 305-ЭС20-8593 по делу № А40-113580/2017.
26. Определение СК по экономическим спорам ВС РФ от 30.09.2021 N 305-ЭС19-27640(2) по делу N А40-269386/2018).



УДК 347.44



**Мореева Юлия Дмитриевна**  
([moruliya@gmail.com](mailto:moruliya@gmail.com))

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

**Yulia Moreeva**

3rd year student  
of Law faculty of MSU

## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА КОМПЕНСАЦИИ, ВЫПЛАЧИВАЕМОЙ ПРИ ПЕРЕХОДЕ СПОРТСМЕНА В ДРУГОЙ ФУТБОЛЬНЫЙ КЛУБ

### THE LEGAL NATURE OF THE COMPENSATION PAID IN CASE OF ATHLETE'S TRANSFER TO ANOTHER FOOTBALL CLUB

**АННОТАЦИЯ:** При переходе футболиста клуб, в который он переходит, часто оказывается обязан заплатить предыдущему клубу спортсмена, организации, в которой он тренировался, или даже Российскому футбольному союзу. В настоящей статье проанализирована правовая природа каждого из возможных платежей; выделены случаи, в которых каждый платеж применяется. Также сделаны выводы о правовой целесообразности того или иного платежа.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *трансфер, компенсация за подготовку спортсмена, трансферная выплата, футбольный клуб, трудовой договор спортсмена, Российский футбольный союз, спортивное право.*

**ANNOTATION:** In case of transfer of a football player, the club which he transfers in is often obliged to pay to the athlete's previous club, to the organization in which he trained, or even to the Russian Football Union. This article analyzes the legal nature of each of the possible payments; highlights the cases in which each payment is applied. Conclusions are also drawn on the legal expediency of the particular payments.

**KEYWORDS:** *transfer, training compensation, transfer payment, football club, athlete's employment contract, Russian Football Union, sports law.*

В России договор трансфера спортсмена из одной спортивной организации в другую регламентируется, в том числе, на уровне спортивных федераций по отдельным видам спорта, что закреплено Приказом Минспорта РФ<sup>1</sup>. В частности, в футболе мы наблюдаем наиболее продуманную и полную систему норм, связанных с трансферным договором. Эти нормы закреплены в регламенте РФС по статусам и переходам (трансферу) футболистов<sup>2</sup>, который мы преимущественно будем анализировать. При этом отметим, что помимо норм спортивных федераций к спортсменам применяются нормы различных отраслей права – в частности, гражданского, трудового, административного, однако в данной работе мы акцентируем внимание именно на регулировании со стороны РФС компенсаций, выплачиваемых футбольным клубам.

В футболе договор трансфера заключается между клубами. В статье 18 регламента РФС обозначено, что такой договор может быть безвозмездным или содержать условие о размере трансферной выплаты. Отмечается, что именно клуб, переда-

<sup>1</sup> Приказ Минспорта России от 13.12.2019 N 1057 «Об утверждении перечня видов спорта, для которых общероссийские спортивные федерации по соответствующим виду или видам спорта вправе утверждать нормы, устанавливающие ограничения перехода (условия перехода) отдельных категорий спортсменов, тренеров в другие спортивные клубы или иные физкультурно-спортивные организации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>.

<sup>2</sup> Регламент РФС по статусу и переходам (трансферу) футболистов, утвержден Постановлением Исполкома РФС №196.4 от 24.07.2020. [Электронный ресурс]. URL: [https://www.pfl-russia.com/upload/file/reglament\\_rfs\\_po\\_statusu\\_i\\_perehodam\\_transferu\\_futbolistov.pdf](https://www.pfl-russia.com/upload/file/reglament_rfs_po_statusu_i_perehodam_transferu_futbolistov.pdf) (дата обращения: 09.02.2022).

ющий спортсмена, является субъектом, имеющим право на получение платежа<sup>3</sup>.

Регламент делит платежи, осуществляемые клубами-получателями спортсменов, на две группы: трансферные выплаты и компенсация за подготовку. Правовая природа компенсации за подготовку представляется нам более очевидной, хотя и ее определение связано с некоторыми неоднозначностями.

Так, из названия следует целевой характер компенсации за подготовку спортсмена. Правительство РФ в своем распоряжении от 24.11.2020 № 3081-р<sup>4</sup> отмечает, что компенсация за подготовку позволяет развивать организации детско-юношеского спорта, в силу чего совершенствование механизмов взаимодействия между профессиональными спортивными организациями и организациями, готовящими детско-юношеский спортивный резерв, является одним из приоритетных направлений государственного развития в сфере спорта.

Размер и порядок выплаты компенсации за подготовку детально урегулированы регламентом РФС, в отличие от трансферной выплаты, о которой говорится лишь в общих словах. Такой подход к регулированию позволяет сделать вывод об императивности норм, связанных с компенсацией за подготовку спортсмена. Например, если в контексте трансферной выплаты регламент допускает заключение безвозмездного договора трансфера, то компенсация за подготовку должна выплачиваться даже в таком случае.

Особенность компенсации за подготовку заключается в том, что ее получателем, как правило, яв-

ляется футбольный клуб, проводивший обучение футболиста. Компенсация выплачивается, если спортсмен в возрасте до 23 лет впервые заключает трудовой договор с профессиональным футбольным клубом, участвующим в чемпионате РПЛ или ФНЛ-1. При этом клуб, осуществлявший подготовку, получает лишь 50% от суммы компенсации; оставшиеся 50% клуб-получатель обязан заплатить в РФС в качестве целевого взноса на поддержку детско-юношеского спорта. Впоследствии при личном заявлении тренера, осуществлявшего подготовку спортсмена, РФС выплачивает лично этому тренеру часть компенсации за подготовку спортсмена.

Мы считаем, что эта норма демонстрирует неполное соблюдение РФС принципа о праве клуба, передающего спортсмена, на получение выплат в полном объеме, о котором говорят ученые<sup>5</sup>. Более того, мы считаем, что подобное участие властного органа в трансферных отношениях противоречит изначально диспозитивной, договорной природе трансфера. На наш взгляд, выплаты РФС на развитие детско-юношеского спорта

должны осуществляться из бюджета РФС и соревнований, проводимых под его эгидой. Необходимо отметить, что регламент РФС также требует от всех клубов отчислять по 300 000 рублей целевого взноса ежегодно на развитие детско-юношеского спорта.

Гораздо большие суммы клубы отчисляют в бюджет соревнований, проведением которых также руководит РФС. Так, например, в ФНЛ-1 каждый участвующий клуб должен заплатить членский взнос, который во втором полугодии 2021 года

## НА ПРАКТИКЕ НАБЛЮДАЛАСЬ ПОПЫТКА КОМПЕНСАЦИИ МОЛОДОМУ СПОРТСМЕНУ ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ ИЗДЕРЖЕК, ВЫЗВАННЫХ НЕОБХОДИМОСТЬЮ НОВЫМ КЛУБОМ ВЫПЛАТИТЬ ПРЕДЫДУЩЕМУ КЛУБУ КОМПЕНСАЦИЮ ЗА ПОДГОТОВКУ ЭТОГО СПОРТСМЕНА

<sup>3</sup> Магденко А.Д., Еремеева Л.А. Философия права: регулирование трансферных отношений в российском спорте // Вестник ЧелГУ. 2014. №17 (346). С. 128. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/filosofiya-prava-regulirovanie-transferyh-otnosheniy-v-rossijskom-sporte> (дата обращения: 09.02.2022).

<sup>4</sup> Распоряжение Правительства РФ от 24.11.2020 N 3081-р «Об утверждении Стратегии развития физической культуры и спорта в Российской Федерации на период до 2030 года» // «Собрание законодательства РФ», 07.12.2020, N 49, ст. 7958.

<sup>5</sup> Горлова Д.В. Правовая природа перехода (трансфера) спортсмена-профессионала по футболу // Спорт: экономика, право, управление. 2005. №4. С. 18-23. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/4253-pravovaya-priroda-perekhoda-transfera-sportsmena-professionala-futbolu> (дата обращения: 10.02.2022).

составил 4 815 900 рублей<sup>6</sup>. На наш взгляд, в случае нехватки данных финансовых средств для поддержки детско-юношеского спорта необходимо увеличивать членский или целевой взнос, а не использовать альтернативные механизмы финансирования, правовая природа которых ориентирована на взаимодействие между футбольными клубами, то есть равноправными субъектами.

Тем не менее в классическом варианте выплаты компенсации за подготовку можно, по меньшей мере, провести четкое различие между компенсацией и трансферной выплатой. Так, в контексте компенсации важным фактором является то, что спортсмен впервые заключает трудовой договор с профессиональным футбольным клубом. То есть мы не можем называть такой переход полноценным трансфером, поскольку трансфер определяется как договор между клубами, в одном из которых спортсмен уже был трудоустроен<sup>7</sup>, а в данном случае спортсмен, напротив, до заключения трудового договора мог оплачивать услуги детско-юношеской школы по организации тренировочного процесса.

Однако регламент отдельно рассматривает возможность платежа клуба, приобретающего спортсмена, клубу, отдающему его, который также определяется именно как компенсация за подготовку спортсмена. Такая ситуация складывается, если срок действия трудового договора футболиста, не достигшего возраста 23 лет, с профессиональным футбольным клубом истек, после чего спортсмен принимает решение о заключении трудового договора с другим клубом. При этом прежний клуб должен в письменной форме предложить спортсмену заключение нового трудового договора на тех же или улучшенных условиях финансового характера, и такое предложение, соответственно, должно быть отклонено спортсменом.

При соблюдении вышеперечисленных условий на клуб, заключающий трудовой договор с футболистом, возлагается обязанность по выплате предыдущему клубу значительной суммы ком-

пенсации за подготовку, в которую включены все расходы предыдущего клуба по выплате зарплаты спортсмену и иные расходы, например, налоговые платежи в связи с трудоустройством данного спортсмена и оплата медицинских услуг, оказанных данному спортсмену. Отметим, что по соглашению клубов размер компенсации за подготовку может быть снижен или она может быть упразднена в принципе, однако клуб-получатель спортсмена не может отказаться выплачивать компенсацию за подготовку в одностороннем порядке.

На наш взгляд, данная ситуация противоречит правовой природе взаимоотношений спортсмена и клуба. Мы считаем, что спортсмен состоит с клубом в трудовых правоотношениях, поскольку в РФ не допускается регулирование отношений спортсмена и клуба гражданско-правовым договором. В доктрине неоднократно отмечается<sup>8</sup>, что отношения спортсмена и клуба основываются на трудовом договоре, в котором спортсмен выполняет функцию работника – при этом факт того, что такой договор должен соответствовать требованиям, установленным российской и международной спортивной федерацией, не лишает его природы трудового договора.

Отсюда мы делаем вывод о том, что одним из принципов взаимоотношений спортсмена и клуба можно считать платность для клуба использования услуг спортсмена. Этот вывод следует и из принципов Трудового кодекса РФ<sup>9</sup>, закрепляющих право на выплату работнику заработной платы именно от работодателя, в правоотношениях с которым он состоит.

Выплата компенсации за подготовку клубом-получателем футболиста, конечно, не несет прямых последствий для финансового положения спортсмена, однако фактически делает его труд на протяжении действия предыдущего трудового договора бесплатным для предыдущего клуба, поскольку компенсация включает в себя все произведенные предыдущим клубом в пользу спортсмена платежи. РФС считает, что, поскольку предыдущий клуб

<sup>6</sup> Регламент Олимп-первенства России по футболу среди команд клубов Футбольной Национальной лиги сезона 2021-2022 годов, утвержден Постановлением бюро Исполкома РФС – М., 2021. – С. 21.

<sup>7</sup> Ахмедов А.Я. Договор трансфера спортсмена // Правовая политика и правовая жизнь. 2014. №1. С. 137-140. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-transfera-sportsmena> (дата обращения: 10.02.2022).

<sup>8</sup> См. напр. Алексеев С.В., Каменков В.С., Мирошниченко А.В. Правовые аспекты проведения специальной оценки условий труда в спорте // Трудовое право в России и за

рубежом. 2021. N 1. С. 47 – 51 // СПС «Консультант-Плюс»; Марон Д.В. Отдельные вопросы исчисления срока, предусмотренного трудовым договором // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. N 2. С. 23 – 25 // СПС «Консультант-Плюс»; Якимова К.С. Разрешение трудовых споров с участием спортсменов: обзор судебной практики // Трудовое право в России и за рубежом. 2021. N 1. С. 51 – 54 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>9</sup> «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 22.11.2021) // «Российская газета», N 256, 31.12.2001.



фактически осуществлял подготовку неопытного спортсмена, он имеет право на возмещение затрат.

Судебная практика поддерживает позицию РФС. Так, в своем постановлении<sup>10</sup> от 29.09.2010 Девятый арбитражный апелляционный суд утверждает, что молодой игрок для клуба, с которым у него изначально был заключен трудовой договор, является активом, который может приносить прибыль либо в форме участия в соревнованиях, либо в форме выплачиваемой клубом-получателем спортсмена компенсации за подготовку. Суд в данном постановлении утверждает, что, поскольку целью клубов является «максимизация их полезности», клубу выгодно сохранить молодого спортсмена в своей команде.

Однако при такой позиции не учитывается факт участия спортсмена в соревнованиях в команде предыдущего клуба и возможные результативные действия в той команде на протяжении времени, когда у спортсмена был заключен трудовой договор с данным клубом. В то же время в соответствии со статьей 348.1 ТК РФ трудовой функцией спортсмена является, наряду с тренировочной деятельностью, именно участие в соревнованиях. Соответственно, на наш взгляд, клуб уже получает

прибыль, на которую указывает суд; при этом получение наряду с данной прибылью компенсации за подготовку спортсмена стоит считать повторным получением прибыли.

Таким образом, мы наблюдаем несправедливое обогащение клуба, отдающего молодого спортсмена. Более того, необходимость клуба-получателя выплачивать компенсацию за подготовку, на наш взгляд, косвенно может оказать влияние и на финансовое положение спортсмена: например, ему могут быть предложены менее выгодные условия трудового договора, поскольку часть планируемых затрат клуб-получатель вынужден заплатить в виде компенсации за подготовку; клуб также может отказаться от заключения трудового договора с молодым спортсменом, поскольку знает, что будет вынужден заплатить компенсацию.

Тем не менее на практике наблюдалась попытка компенсации молодому спортсмену потенциальных издержек, вызванных необходимостью новым клубом выплатить предыдущему клубу компенсацию за подготовку этого спортсмена. Так, в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2021<sup>11</sup> рассматривается положение договора

<sup>10</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.05.2018 N 09АП-16575/2018 по делу N А40-243556/2017 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>11</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2021 N 09АП-65870/2021 по делу N А40-49307/2021 // СПС «Консультант-Плюс».

футбольного клуба «Спартак» с молодым игроком Уруновым О.Р. о том, что при выплате «Спартаку» компенсации за подготовку игрока, превышающую один миллион евро, половина суммы сверх одного миллиона будет выплачена игроку. При этом в судебном порядке рассматривались внутрикорпоративные вопросы полномочности генерального директора клуба включить в договор со спортсменом такое положение, а не правомерность самого положения. Тем не менее отметим, что, на наш взгляд, «Спартак» таким положением пытался минимизировать финансовые потери спортсмена, связанные с применением компенсации за подготовку, что является шагом в правильном направлении.

Отметим, что ФИФА также регулирует вопросы компенсации за подготовку спортсмена, и, хотя Регламент РФС во многом копирует Правила ФИФА, можно выделить одно важное различие. Так, по требованиям ФИФА компенсация за подготовку при переходе молодого спортсмена из клуба в клуб выплачивается только в случае, если клуб-получатель состоит в другой футбольной ассоциации, то есть при международном переходе спортсмена, что закреплено в п. 1 ч. 2 приложения 4 к Правилам ФИФА по статусу и трансферу игроков<sup>12</sup>. На наш взгляд, такое регулирование, несмотря на его несовершенство, является более предпочтительным, поскольку средства компенсации на подготовку, по меньшей мере, не выплачиваются клубу-конкуренту, играющему в одной лиге с клубом-получателем игрока. Однако очевидно, что регламент РФС не может установить аналогичное регулирование, так как его юридическая сила распространяется только на российский футбол.

Тем не менее в иностранной литературе<sup>13</sup> высказывается позиция о том, что при внутренних переходах установление компенсации за подготовку спортсмена также является целесообразным. Так, отмечается, что при действующем регулировании ФИФА международные переходы молодых спортсменов более привлекательны для клубов, отдающих этих спортсменов, так как в таком случае они получают компенсацию за подготовку. Соответственно, клубам выгодно организовывать между-

## СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ВЫРАБОТАЛА ПОЗИЦИЮ О ТОМ, ЧТО РАЗМЕР ТРАНСФЕРНОЙ ВЫПЛАТЫ ДОЛЖЕН ОБЯЗАТЕЛЬНО БЫТЬ УКАЗАН В ТРАНСФЕРНОМ ДОГОВОРЕ МЕЖДУ КЛУБАМИ ИЛИ В ТРУДОВОМ ДОГОВОРЕ СО СПОРТСМЕНОМ. В СЛУЧАЕ ОТСУТСТВИЯ В ДОГОВОРЕ УКАЗАНИЯ НА ДАННОЕ УСЛОВИЕ ТРАНСФЕР ИГРОКА СЛЕДУЕТ СЧИТАТЬ БЕЗВОЗМЕЗДНЫМ

народные трансферы перспективных игроков, что не способствует развитию футбола внутри страны.

Несмотря на вышеизложенное, мы считаем, что компенсация за подготовку должна выплачиваться только детско-юношеским организациям, которые действительно осуществляют тренировочную подготовку спортсменов, при этом в данном случае компенсация должна выплачиваться независимо от того, переходит ли спортсмен в российский или иностранный клуб. Такая модель в любом случае будет способствовать развитию российского спорта. Более того, мы убеждены, что сумма компенсации в полном объеме должна выплачиваться организации, а РФС должен использовать альтернативные источники финансирования детско-юношеского спорта, производимого по собственной инициативе РФС.

Отношения же между клубами должны возникать только в контексте трансферной выплаты, о которой речь пойдет в дальнейшем. Сразу отметим, что, в отличие от компенсации за подготовку, выплачиваемой клубу, трансферная выплата применяется только в случае досрочного прекращения трудового договора спортсмена с предыдущим клубом по причине его перехода в новый клуб<sup>14</sup>, а не после истечения срока трудового договора футболиста.

<sup>12</sup> Regulation on the status and transfer of players, FIFA. August 2021 edition. – 96 p.

<sup>13</sup> Huovinen J. The possible impact of FIFA transfer reform package on training compensations of football players in the light of article 45 TFEU. – 46 p.

<sup>14</sup> Косорукова И.В., Шуклин В.Л. Проблемы оценки стоимости трансферного контракта // Экономический анализ: теория и практика. Экономика и бизнес. 2008. №11. С. 17-28. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-otsenki-stoimosti-transfernogo-kontrakta> (дата обращения: 12.02.2022).

Трансферная выплата полностью диспозитивна: ее размер и порядок уплаты регулируются по соглашению сторон трансферного договора; РФС регламентирует только обязанность клуба-получателя спортсмена выплатить сумму в течение 30 дней с момента вступления договора в силу, если данный договор не предусматривает иные сроки.

Судебная практика выработала позицию о том, что размер трансферной выплаты должен обязательно быть указан в трансферном договоре между клубами или в трудовом договоре со спортсменом. В случае отсутствия в договоре указания на данное условие трансфер игрока следует считать безвозмездным. Так, в постановлении<sup>15</sup> от 25.02.2020 Девятый арбитражный апелляционный суд утверждает о невозможности ссылки на сложившуюся практику в сфере трансфера, в соответствии с которой договор трансфера, как правило, подразумевает трансферную выплату.

Остается неурегулированным вопрос о том, что является основанием получения клубом трансферной выплаты. Так, в ТК РФ вопрос о трансферной выплате не урегулирован. Судебная практика отмечает<sup>16</sup>, что трансферную выплату нельзя считать реализацией товаров, работ и услуг; в частности, подчеркивается, что трансферная выплата не связана с подготовкой спортсмена клубом к соревнованиям, поскольку такая подготовка является обязанностью работодателя<sup>17</sup>.

В доктрине предлагается провести аналогию с институтом расторжения трудового договора по инициативе спортсмена<sup>18</sup>, закрепленном в ст. 348.12 ТК РФ. По сути, при договоре трансфера также происходит досрочное расторжение срочного трудового договора, инициатором которого является, в том числе, и спортсмен, желающий сменить клуб. Таким образом, трансферную выплату можно считать частным случаем выплаты по причине досрочного расторжения трудового договора, обязанность по уплате которой возлагается на принимающий спортивный клуб.

Тем не менее мы не можем согласиться с данной позицией. Регламент РФС запрещает футболистам самостоятельно вступать в переговоры с клубами о

заключении трудового договора, если только срок их действующего договора не истекает в течение полугодия. То есть трансферные переговоры в основном ведутся между клубами, а спортсмен чаще выступает инициатором смены клуба уже после истечения срока его трудового договора. Таким образом, говорить о принятии на себя клубом-получателем обязательства спортсмена по уплате компенсации за досрочное расторжение договора, на наш взгляд, юридически некорректно.

Поскольку регламент РФС запрещает участие в соревнованиях в составе команды клуба футболистов, не зарегистрированных в цифровой платформе РФС в качестве игроков данного клуба, договор трансфера по своей сути включает в себя не только расторжение и заключение трудового договора с футболистом, но и регистрацию трансфера в РФС. В доктрине отмечается позиция, согласно которой трансферная выплата – именно оплата за право зарегистрировать спортсмена на новом клубу по договору купли-продажи имущественных прав<sup>19</sup>.

Мы не можем согласиться с тем, что речь идет о договоре купли-продажи, поскольку, как указано в ст. 454 ГК РФ<sup>20</sup>, объектом такого договора могут выступать вещи, а к имущественным правам лишь применяются положения о договоре купли-продажи. Более того, на наш взгляд, сомнительно относить именно право на регистрацию спортсмена в РФС в качестве игрока того или иного спортивного клуба к имущественным правам, поскольку получение имущественной выгоды не следует напрямую из регистрации спортсмена.

Таким образом, мы считаем, что более корректно говорить о трансферной выплате как о характеристике возмездности уступки права зарегистрировать спортсмена в другом клубе. В пользу связи трансферной выплаты именно с уступкой права говорит запрет РФС на одновременную регистрацию футболиста в двух клубах – таким образом, регистрация футболиста в одном клубе носит взаимоисключающий характер для всех остальных клубов.

<sup>15</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2020 N 09АП-1760/2020 по делу N А40-319108/2018 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>16</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 27.02.2007 N 11967/06 по делу N А65-33687/2005-СА1-19 // «Вестник ВАС РФ». 2007. №6.

<sup>17</sup> Постановление ФАС Московского округа от 08.02.2011 N КА-А40/16857-10 по делу N А40-39777/10-118-214 // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>18</sup> Гусов К.Н., Циндяйкина Е.П., Цыпкина И.С. Особенности трудового договора с отдельными категориями работников: Научно-практическое пособие / под ред. К.Н. Гусова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. 240 с // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>19</sup> Селицкий М.В. Трансферный договор как договор купли-продажи имущественного права / Эволюция государства и права: проблемы и перспективы: сборник научных трудов Третьей Международной научной конференции «Ценности и нормы правовой культуры в России». Курск: Юго-Западный государственный университет. 2021. С. 168-173. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_45730983\\_37942025.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_45730983_37942025.pdf) (дата обращения: 14.02.2022).

<sup>20</sup> «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) // «Собрание законодательства РФ», 29.01.1996, N 5, ст. 410.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научные источники:

1. Магденко А.Д., Еремеева Л.А. Философия права: регулирование трансферных отношений в российском спорте // Вестник ЧелГУ. 2014. №17 (346). С. 126-129. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/filosofiya-prava-regulirovanie-transferyh-otnosheniy-v-rossijskom-sporte> (дата обращения: 09.02.2022).
2. Горлова Д.В. Правовая природа перехода (трансфера) спортсмена-профессионала по футболу // Спорт: экономика, право, управление. 2005. №4. С. 18-23. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/4253-pravovaya-priroda-perekhoda-transfera-sportsmena-professionala-futbolu> (дата обращения: 10.02.2022).
3. Ахмедов А.Я. Договор трансфера спортсмена // Правовая политика и правовая жизнь. 2014. №1. С. 137-140. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dogovor-transfera-sportsmena> (дата обращения: 10.02.2022).
4. Алексеев С.В., Каменков В.С., Мирошниченко А.В. Правовые аспекты проведения специальной оценки условий труда в спорте // Трудовое право в России и за рубежом. 2021. N 1. С. 47 – 51 // СПС «Консультант-Плюс».
5. Марон Д.В. Отдельные вопросы исчисления срока, предусмотренного трудовым договором // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. N 2. С. 23 – 25 // СПС «Консультант-Плюс».
6. Якимова К.С. Разрешение трудовых споров с участием спортсменов: обзор судебной практики // Трудовое право в России и за рубежом. 2021. N 1. С. 51 – 54 // СПС «Консультант-Плюс».
7. Косорукова И.В., Шуклин В.Л. Проблемы оценки стоимости трансферного контракта // Экономический анализ: теория и практика. Экономика и бизнес. 2008. №11. С. 17-28. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-otsenki-stoimosti-transfernogo-kontrakta> (дата обращения: 12.02.2022).
8. Гусов К.Н., Циндяйкина Е.П., Цыпкина И.С. Особенности трудового договора с отдельными категориями работников: Научно-практическое пособие / под ред. К.Н. Гусова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. 240 с // СПС «Консультант-Плюс».
9. Селицкий М.В. Трансферный договор как договор купли-продажи имущественного права / Эволюция государства и права: проблемы и перспективы: сборник научных трудов Третьей Международной научной конференции «Ценности и нормы правовой культуры в России». Курск: Юго-Западный государственный университет. 2021. С. 168-173. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_45730983\\_37942025.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_45730983_37942025.pdf) (дата обращения: 14.02.2022).
10. Huovinen J. The possible impact of FIFA transfer reform package on training compensations of football players in the light of article 45 TFEU. – 46 p.

### Нормативно-правовые акты:

11. «Трудовой кодекс Российской Федерации» от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 22.11.2021) // «Российская газета», N 256, 31.12.2001.
12. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 08.07.2021) // «Собрание законодательства РФ», 29.01.1996, N 5, ст. 410.
13. Распоряжение Правительства РФ от 24.11.2020 N 3081-р «Об утверждении Стратегии развития физической культуры и спорта в Российской Федерации на период до 2030 года» // «Собрание законодательства РФ», 07.12.2020, N 49, ст. 7958.
14. Приказ Минспорта России от 13.12.2019 N 1057 «Об утверждении перечня видов спорта, для которых общероссийские спортивные федерации по соответствующим виду или видам спорта вправе утверждать нормы, устанавливающие ограничения перехода (условия перехода) отдельных категорий спортсменов, тренеров в другие спортивные клубы или иные физкультурно-спортивные организации» // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>.
15. Regulation on the status and transfer of players, FIFA. August 2021 edition. – 96 p.
16. Регламент Олимп-первенства России по футболу среди команд клубов Футбольной Национальной лиги сезона 2021–2022 годов, утвержден Постановлением бюро Исполкома РФС. – М., 2021. – 89 с.

### Судебная практика:

17. Постановление Президиума ВАС РФ от 27.02.2007 N 11967/06 по делу N А65-33687/2005-СА1-19 // «Вестник ВАС РФ». 2007. №6.
18. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.05.2018 N 09АП-16575/2018 по делу N А40-243556/2017 // СПС «Консультант-Плюс».
19. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2021 N 09АП-65870/2021 по делу N А40-49307/2021 // СПС «Консультант-Плюс».
20. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2020 N 09АП-1760/2020 по делу N А40-319108/2018 // СПС «Консультант-Плюс».
21. Постановление ФАС Московского округа от 08.02.2011 N КА-А40/16857-10 по делу N А40-39777/10-118-214 // СПС «Консультант-Плюс».

### Электронные ресурсы:

22. Регламент РФС по статусу и переходам (трансферу) футболистов, утвержден Постановлением Исполкома РФС №196.4 от 24.07.2020. [Электронный ресурс]. URL: [https://www.pfl-russia.com/upload/file/reglament\\_rfs\\_po\\_statusu\\_i\\_perekhodam\\_transferu\\_futbolistov.pdf](https://www.pfl-russia.com/upload/file/reglament_rfs_po_statusu_i_perekhodam_transferu_futbolistov.pdf) (дата обращения: 09.02.2022).



**БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ**  
**С ИРИНОЙ**  
**АЛЕКСАНДРОВНОЙ**  
**ЕМЕЛЬКИНОЙ**

Доктором юридических наук, профессором, заведующей  
кафедрой гражданского права и процесса юридического  
факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте РФ



**Беседовал  
Константин Киктенко**

**► Скажите, трудно ли было Вам поступить на юридический факультет Мордовского государственного университета, конкурируя с городскими жителями, ведь Вы закончили Паевскую среднюю школу в республике Мордовия?**

◀ Нетрудно было конкурировать, честно скажу, с городскими жителями, но поступать было трудно. Это был 1989 год, и сейчас всем известно, что тогда не было платного образования: тогда были бюджетные места. Я помню, их было ровно пятьдесят, в основном для целевиков, для тех, кто отслужил в горячих точках, было подготовительное отделение, и нас, школьников с золотыми медалями, поступило всего несколько человек. Поэтому со мной учились ребята и девушки на три-четыре года старше, уже со стажем. Я поступала на дневное отделение, но в результате меня зачислили на заочное отделение вольнослушателем, т.е. с правом посещения дневного: мне предложили посещать дневное отделение вместе с теми, кто учился очно. Я год училась так, никакой разницы между нами не было – мы так же ходили на лекции и семинары. Потом я сдала первую и вторую сессии на «отлично», и на втором курсе некоторых из нас, таких, перевели на очное отделение. Почему несложно было конкурировать? Потому что при поступлении в университет я чувствовала себя довольно сильной в подготовке по гуманитарным дисциплинам, даже, наверное, сильнее других городских, хоть я и окончила сельскую школу. У меня родители – учителя, и большая им благодарность за то, что они меня хорошо подготовили. У них очень большой стаж, папа – заслуженный учитель республики, мама – почетный работник народного образования, она 42 года проработала в школе. Они меня готовили на различные конкурсы, олимпиады – во всем, что было по гуманитарной части, я участвовала. Помню, была уже взрослая – девятый или десятый класс: папа дома, он в центре комнаты слушал, как я громко и выразительно рассказываю свой доклад. Такие уроки ораторского мастерства были. Родители привили мне такой навык, как любовь к пи-

сательству. Они были хорошими методистами, папа написал много учебников для национальной школы. Я помню: днем родители на работе, а ночью, когда дети ложились спать, родители работали над учебными и методическими пособиями для школьников (мама – на печатной машинке, а папа ей диктовал). Навык работать ночью до рассвета – оттуда.

**► Закончив Мордовский государственный университет, Вы поступили в аспирантуру Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова. Трудно ли было из региона пойти в аспирантуру, особенно если учитывать, что между будущим аспирантом и научным руководителем должна быть научная связь, определенный академический бэкграунд?**

◀ Труднее, чем в Мордовском государственном университете Н.П.Огарева, потому что это тоже не с первого раза, очень многое пришлось доказывать, и я приезжала на кафедру, разговаривала с потенциальными руководителями... В результате меня взял к себе профессор кафедры гражданского права МГУ им. М.В.Ломоносова Григорий Павлович Савичев, доктор юридических наук, известный как специалист по транспортному праву. В свое время он был заместителем декана по научной работе, и когда уже потом мы сработались, и я уже писала диссертацию, он рассказал, что между МГУ им. М.В.Ломоносова и МГУ им. Н.П.Огарева был подписан договор о подготовке для последнего научных кадров для высшей школы. В докторантуру поступить было еще сложнее, конечно же. Я доказывала с 1996 года по 2007 год, что я хочу заниматься цивилистикой, и даже если меня не возьмут в МГУ, я все равно буду обязательно писать докторскую диссертацию. Когда я приехала поступать в докторантуру, у меня уже было много научных работ и 500 страниц диссертации, но оттуда в последний вариант докторской я взяла, может быть, одну страницу.

**► Какова была тема Вашей первой диссертации?**

◀ «Гражданско-правовые способы приобретения и защиты вещных прав на жилые и нежилые помещения». Григорий Павлович, как я сказала, занимался транспортным правом, и, конечно, он хотел, чтобы я тоже пошла в эту сферу. Но я к нему приехала, преподавая в Мордовском университете право собственности, гражданское право и работая

в органах регистрации прав недвижимости. Еще не было Росреестра, я начинала работать в БТИ начальником юротдела, и через наше БТИ проходили все сделки с недвижимостью в Саранске. Я почувствовала, что это очень интересно, и эту тему предложила сама, попав в точку: до сих пор это актуально.

**► Вы сказали, что Вам пришлось переписывать докторскую диссертацию буквально подчистую. Произошло ли это после стажировки в Германии (Вы стажировались в институте Макса Планка)? Повлияла ли эта поездка на докторскую диссертацию?**

◀ Безусловно. То, что я привезла, в основном было на источниках российских, и когда мой потенциальный научный руководитель, многоуважаемый Евгений Алексеевич прочитал, он сказал: «Да, я Вас возьму, но, чтобы получилась докторская, Вам обязательно надо послушать немецких профессоров-цивилистов, поработать в немецких библиотеках, и тогда Вы сможете решить поставленные задачи». Задачи стояли амбициозные, поэтому я несколько раз выезжала на стажировку в рамках летней школы с группой (до обеда – лекции, а потом – библиотека), благо, что МГУ имеет хорошую связь с университетом Регенсбурга и Зальцбурга. Я очень люблю библиотеки: это запах книг в открытых фондах, тогда, в Зальцбурге, в библиотеке стоял большой скан, благодаря которому каждый том можно было отсканировать и отправить отсканированный текст на почту. Это было открытием для меня и мне удалось собрать богатый зарубежный материал.

**► Где Вы учили немецкий язык для того, чтобы стажироваться в институте Макса Планка?**

◀ Начала учить сама, когда поступила в аспирантуру. Учась в докторантуре, я нашла хорошего репетитора, потом я записывалась на курсы в разные школы... Тернистый путь! Потом у меня подросла моя старшая дочь. С пятого или шестого класса я постоянно отправляла ее жить в Германию по обмену

семьи, а наша семья принимала по обмену немецких детей, соответственно. Поэтому это тоже помогало развитию бытового немецкого языка.

**► Вы особо акцентировали внимание на работе с библиотечными фондами. Какие советы Вы могли бы дать российским начинающим молодым исследователям по работе с библиотечными фондами, особенно зарубежными?**

◀ Вообще, конечно, надо ехать туда: я заранее зашла на сайт библиотеки, все карточки просмотрела, выписала, какие мне нужны книги и где они нахо-

дятся, чтобы знать, что мне точно нужно. Слюнки текут, когда видишь эту литературу! Пятьдесят книг по одной теме и тебе хочется каждую из них прочитать! Здесь нужно искать онлайн-каталоги. Более того, я еще обнаружила хорошую историческую электронную библиотеку при институте Макса Планка, и там в свободном доступе выложены на немецком языке книги по гражданскому и римскому праву до начала XX века, даже на готическом: сканы в PDF-формате бесплатно.



**Я ДОКАЗЫВАЛА  
С 1996 ГОДА ПО 2007 ГОД,  
ЧТО Я ХОЧУ ЗАНИМАТЬСЯ  
ЦИВИЛИСТИКОЙ,  
И ДАЖЕ ЕСЛИ МЕНЯ  
НЕ ВОЗЬМУТ В МГУ,  
Я ВСЕ РАВНО БУДУ  
ОБЯЗАТЕЛЬНО  
ПИСАТЬ ДОКТОРСКУЮ  
ДИССЕРТАЦИЮ**

**► Вы сказали, что Евгений**

**Алексеевич Суханов Вам указал на европейскую традицию, что нужно обязательно ознакомиться с источниками. А трудно ли было работать под его началом? Евгений Алексеевич требовательный научный руководитель, я, наверное, не назову ни одной кандидатской или докторской диссертации под его руководством, которая бы не прогремела на всю Россию.**

◀ Ну, конечно, требовательный! Я очень благодарна, что он мне дал шанс работать с ним и что он поделился со мной теми идеями и проблемами в цивилистике, которые на то время его сильно волновали. Он очень занятой. Когда я приехала в 2007 году, прикрепилась уже в докторантуру, как раз началась реформа гражданского законодательства, и у него тогда было очень мало времени для докторантов, поскольку велась работа над изменениями Гражданского кодекса. Он все время участвовал в разных

заседаниях по обсуждению реформы кодекса и потом очень подробно на заседании кафедры в МГУ нам рассказывал, как проходят обсуждения. Я помню, что, как только я поступила в докторантуру, он мне уделил около часа на консультацию и очень серьезно со мной поговорил: сказал, что от меня требуется, и мы набросали с ним план. Я, наверное, сама бы до этого плана не дошла (например, Евгений Алексеевич посоветовал исследовать такие вещные права, как «реалласты», т.е. вещные выдачи или обеспечения [в Германии и Австрии – Reallast, а в Швейцарии – Grundlast]; в нашем русском дореволюционном праве они тоже были). Я долго собирала материал, в том числе в Германии, и написала статью, где показала, как они работают за рубежом и что можно нам заимствовать. Он прочитал и сказал, что отдаст статью в Высший арбитражный суд, эти идеи могут быть реализованы в Концепции развития гражданского законодательства о вещном праве, которая тогда разрабатывалась. Или, например, вещное право преимущественной покупки: Евгений Алексеевич рассказал, что хорошо бы этот институт исследовать и показать, как он работает у немцев, австрийцев, швейцарцев, и как его можно у нас реализовать в системе вещного права. Я об этом написала статью и раздел в докторской диссертации. Он очень требовательный, я понимала, что планка высокая... Здесь либо на «пять с плюсом», либо никак.

**► Ваша докторская диссертация была написана больше десяти лет назад, но мы так и не получили разветвленности системы вещных прав. Грустно ли Вам от того, что наука и, в частности, Ваши труды так далеко ушли от правды?**

◀ Конечно, грустно. Грустно и обидно. Мы знаем, что реформа вещного права произошла в договорном, обязательственном, корпоративном праве, и мы видим, какой там прогресс. Эта реформа стала катализатором развития новых институтов. Сегодня и корпоративные юристы, и адвокаты, и в целом в судебной практике используют заверения об обстоятельствах, возмещение потерь (индемнити)... Все новое, занимайся этим! Неплохо себя эти институты показывают, нам не стыдно показать наше договорное, обязательственное, корпоративное право соседям – странам СНГ – и даже таким развитым правовым порядкам, как Германия, Австрия... С вещным правом – застой. Конечно, грустно, когда открываешь раздел 2 части 1, и там написано то, что на 93-й

год смогли его авторы написать: тогда нельзя было лишнего слова о собственности написать из-за политической обстановки. И с этим мы должны работать, и вот что получилось: вещного права в ГК нет, его заменили земельное право и публичные институты (например, публичные сервитуты, строительная аренда, которая правом застройки должна быть); судебная практика вынуждена правовые позиции вырабатывать. Мы говорим: «У нас нет вещного права, есть Пленум 10/22» и студентов учим ссылаться на те правовые позиции, которые там выработаны, уже не на ГК. Активно работает по выработке правовых позиций Конституционный суд России. Сколько получили правовых позиций в постановлениях Конституционного суда по вещным правам? И защита добросовестных приобретателей еще в 2003 году, потом – о приобретательной давности, балансе интересов государства и частных лиц при виндикации, об исполнительском иммунитете и «роскошном жилье», оспаривании сделок супругами и много всего другого... А это все должно быть в Кодексе.

**► С марта 2023 года как раз будут введены новые главы существующего ГК о правах на недвижимость. Каково Ваше мнение о том, что все-таки дошло из текста концепций до текста закона? Большую часть ведь растеряли «по дороге».**

◀ Почти ничего не дошло – даже не побоюсь так ответить. Я читаю этот кусочек, который дошел... Конечно, это не концепция и не законопроект. Даже те единичные идеи, которые хотели в этом законопроекте показать, были по-другому сформулированы, нежели в Концепции. Например: важнейшая идея – единый объект недвижимости и принцип приращения. Известно, что в первоначальной редакции законопроекта они были, потом уже ушли от этого в последней редакции большого законопроекта, сказали: «Пусть здания будут недвижимостью отдельно от земельного участка». Что в законопроекте видим? Не просто единый объект недвижимости, а развитая множественность объектов недвижимости, и очень подробно регламентированы машино-места, жилые и нежилые помещения... Ничего не написали в проекте ГК, а про земельный участок вообще забыли: он должен быть главным объектом недвижимости, а этого нет. Поскольку я очень скрупулезно занималась правом застройки, мне становится обидно, когда я открываю положение, где вроде бы что-то похожее закрепили: сказано о том, что если здание

возведено на своем земельном участке, то в силу «приращения» здание становится собственностью владельца земельного участка. А вот если возведено на чужом земельном участке, то идея такая: собственнику здания надо заключить с собственником земельного участка договор и определить пределы использования земельного участка. Это в классическом праве и есть вещное право застройки: если ты строишь на чужой земле, то за рубежом, и в русском дореволюционном праве, и по Кодексу 1922 года ты пользуешься чужой землей на праве застройки. Это не договорный институт, опасно регулировать право застройки договором, потому что вещное право застройки должно быть *Numerus Clausus*, то есть его содержание должно быть известно (закреплено в законе), оно должно быть публичным, для третьих лиц известным. Если условия закрепить исключительно в договоре, и стороны (собственники здания и земельного участка) договорились между собой о каких-то обременениях в условиях принципа свободы договора, могут появиться новые конструкции, которых никто не знает, кроме сторон контракта. А у обременения есть свойство следования за вещью. Поэтому, чтобы защитить третьих лиц, нужно, чтобы право застройки чужого участка было вещным правом, которое будет публичным, зарегистрированным в реестре, оно будет известным для третьих лиц, его содержание тоже всем знакомо. Взяли с Росеестра выписку и увидели, что на этой земле есть дом, добротный коттедж 300 квадратов, на нем такие-то обременения, и я уже знаю, что там чье-то право пользования может быть, или сервитут: сосед когда-то провел газопровод, и это оформили сервитутом. Такой участок в таком случае, возможно, будет дешевле. А обременений становится все больше и больше: ипотека была взята когда-то, обеспечительная собственность...



**ОПЫТ ПРАВОПОРЯДКОВ ПОКАЗЫВАЕТ, ЧТО ГДЕ СУЩЕСТВУЕТ РАЗВИТАЯ СИСТЕМА ВЕЩНЫХ ПРАВ И ЧАСТНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ НА ЗЕМЛЮ, ТО К ЭТОЙ ЗЕМЛЕ ДОПУСКАЮТ НА ОЧЕНЬ ПРОЧНОМ ПРАВЕ ДРУГИХ ЛИЦ, НАПРИМЕР, ЭМФИТЕВЗИС, УЗУФРУКТ, ПОЖИЗНЕННОЕ ПРАВО ПОЛЬЗОВАНИЯ, ЗАСТРОЙКА – ЭТИ ПРАВА ДОЛЖНЫ БЫТЬ ПУБЛИЧНЫМИ**

► **В общем вы не поддерживаете идею *Numerus Apertus*, а опыт зарубежных стран, которые пошли по данному пути, считаете не совсем удачным?**

◀ Нет, не поддерживаю. Опыт правопорядков показывает, что где существует развитая система вещных прав и частная собственность на землю, то к этой земле допускают на очень прочном праве других лиц, например, эфитевзис, узуфрукт, пожизненное право пользования, застройка – эти права должны быть публичными. *Numerus Clausus* – не только закрытый перечень, но он означает, что основание и содержание вещных прав предусматривается в законе. С одной стороны, вещное право – это благо, потому что дает право пользования и распоряжения, но, с другой стороны, оно и опасно, потому что обременяет собственника (и, по сути, может лишить его всех правомочий – так называемая в Риме «голая собственность»). Например, за право застройки собственник получает только доход, все остальные блага получает застройщик. Поэтому виды обременений и их содержание должны быть прописаны в законе, и они должны быть известны третьим лицам. Если же решили установить обязанности в отношении вещи по договору, тогда пусть оно носит обязательственный характер и не имеет свойства вещного права, т.е. не должно следовать за вещью, не иметь вещной защиты и т.д.

► **Существует мнение, что отечественное гражданское законодательство стремится к разветвленной системе вещных прав, но нужна ли она нам, если у нас право собственности на большую часть земель принадлежит государству?**

◀ Действительно, государство является главным собственником на землю. Согласно статистике около 95% земельного фонда принадлежит государству. Но ведь надо учитывать то, что эта цифра



включает и земли Крайнего Севера, тайги, – там, где нет строительства, возможно, и частная собственность в таких больших объемах и не нужна. Я не располагаю точными статистическими данными по земельному фонду в населенных пунктах, но предполагаю, что процент частной собственности там явно больше. Огромной популярностью сегодня пользуется частное строительство, ярким примером будут коттеджные поселки в Московской области и в регионах, где данная деятельность активно поддерживается. Как грибы, растут дачные поселки, а это частная собственность. И мы скоро столкнемся с тем, что кто-то выкупил землю, а сам строится не хочет и будет предоставлять свою землю другому лицу (это должно быть право застройки). Или, например, лицо захочет передать по наследству землю и дом детям, а у пережившего гражданского супруга – несобственника, который будет проживать в этом доме, должно быть право usufructa. Отдельно стоит рассмотреть сервитуты. Данный институт сейчас достаточно популярен. Я приехала в регион и столкнулась с ситуацией, связанной с практическим применением сервитута: в центре города у родственников построен дом, рядом с которым находится монастырь. Землю, которая окружает дом, передали монастырю, в результате

чего мы не можем пройти к нужному дому, так как там все перекрыто, в итоге приходится идти в обход. Люди (без юридического образования) говорят, что у них сервитут. Ранее они обращались в суд, потому что земли передали в собственность монастыря, а они фактически оторваны от общественной дороги. Я попыталась уточнить более подробные условия: срок, условия пользования и др. Но они ничего не знают об этом. Я поняла, что в регионе сервитут уже есть, а доктрину и закон нам нужно делать в Москве. Слово модное, а содержание неизвестное.

► **Антон Александрович Иванов в своей заметке написал, что ограничения из Земельного кодекса испепеляют право собственности, абсолютное господство над вещью до маленького пучка полномочий, согласны ли Вы с этим мнением?**

◀ Ограничений много и большинство из них вполне оправданы. Есть зонирование, категории земель, – мы не можем это нарушать, иначе земельные участки охраняемых природных территорий, земли культурного наследия будут застраиваться и со временем потеряют свою ценность. Часть ограничений вполне оправданы, и как собственника они меня не сильно беспокоят. Не смогу сказать, что гражданин

не сможет владеть, пользоваться, распоряжаться, потому что в Земельном кодексе так много ограничений. Конечно, данные запреты нужно анализировать и, если что-то излишне, надо регулировать справедливо. Например, градостроительные нормы и правила, некоторые пожарные, экологические требования, есть зонирование и разрешенное использование участка. Возможно, что-то из перечисленного и требует исключения, но пока что с точки зрения безопасности и политики государства я считаю, что большая часть из них оправдана.

► **Оправдано ли выделение земельного права в отдельную отрасль?**

◀ Это очень старый и дискуссионный вопрос. Я бы сказала, что как отрасль земельное право нужно в основном в высших учебных заведениях и научных центрах, где ученые хотят, чтобы у них была своя дисциплина или кафедра. Для практикующего юриста данный вопрос не имеет принципиального значения. Я не спорю с тем, что это отрасль законодательства и Земельный кодекс – это кодифицированный акт, который стоит на вершине пирамиды земельного законодательства. Наверное, сейчас он еще нужен, причем у нас из советского права идет данная традиция. Если есть что регулировать по Земельному кодексу, то можно земельное право выделить как отрасль законодательства. Касательно отрасли права вопрос спорный, нужно смотреть на основные критерии выделения отрасли: предмет и метод. Методы здесь публично-правовые, а именно административно-правовые, а предмет – это зонирование, категории земель, охрана земель. Ответственность за земельные правонарушения регулируется другими отраслями права. Данный вопрос является достаточно спорным.

► **В ВШЭ Вы являлись руководителем магистерской программы «Адвокат по гражданским и уголовным делам», Вы выступаете за адвокатскую монополию?**

◀ Действительно, я руководила программой, объединяющей гражданское и уголовное право. Касательно адвокатской монополии есть аргументы «за» и «против». В поддержку адвокатской монополии стоит сказать, что адвокатура – это элитное, высококвалифицированное сообщество, и в таком виде я поддерживаю адвокатскую монополию. На сегодняшний день существует достаточно много элитных адвокатских образований, их уровень весьма высок. При этом мы должны понимать, что в 90-е годы мы допустили к судебному представительству множество юридических фирм, частнопрактикующих юристов,

которые могут представлять интересы в суде по доверенности. Пусть не во всех процессах, но тем не менее. В уголовном процессе адвокатская монополия сохранилась. Стоит отметить, что в гражданском процессе мы сейчас не сможем закрыть потребность в юридических услугах только адвокатами. Также далеко не все юридические фирмы имеют высокий уровень оказания услуг. Адвокаты тоже бывают разные, и хотелось бы, чтобы профессиональный ценз тоже был выше. При этом существуют риски, что вход в элитное сообщество будет дорогим, и,



**В СССР АДВОКАТУРА  
СЧИТАЛАСЬ ЭЛИТОЙ.  
КОГДА Я УЧИЛАСЬ  
В ВЫСШЕМ УЧЕБНОМ  
ЗАВЕДЕНИИ, У НАС  
НА ОДНОМ УРОВНЕ БЫЛО  
РАБОТАТЬ СУДЬЕЙ ИЛИ  
АДВОКАТОМ, – ПОПАСТЬ  
ТУДА БЫЛО ПРАКТИЧЕСКИ  
НЕВОЗМОЖНО**

наверное, пока что в гражданском процессе можно разрешить работать и без обязательного статуса адвоката. В адвокатуре должно быть саморегулирование. Сейчас адвокатская палата активно занимается повышением квалификации адвокатов. На сайтах обсуждаются серьезные вопросы, уровень подготовки достаточно неплохой, но адвокатов мало, а потребностей больше. В СССР адвокатура считалась элитой. Когда я училась в высшем учебном заведении, у нас на одном уровне было работать судьей или адвокатом, – попасть туда было практически невозможно. В основном все шли работать юрисконсультами. И адвокатов тогда было достаточно, потому что не было такого гражданского оборота, не было бизнеса, постоянных гражданских споров. Сейчас юристов должно быть больше, и они должны быть более квалифицированными. Если мы захотим ввести адвокатскую монополию, то должен быть опреде-

ленный переходный период. Адвокатура должна будет держаться на цензе и саморегулировании.

► **Будет ли цифровизация уничтожать классические вещно-правовые конструкции?**

◀ Классические, наверное, нет. Я постоянно читаю статьи на юридических сайтах о цифровизации юридической профессии и права. Недавно написала статью о конкуренции вещного права и коллективного пользования в условиях цифровизации права. Особой популярностью сейчас пользуются разные цифровые платформы, через которые можно арендовать жилье, автомобили, например, каршеринг, – вместо покупки автомобиля удобнее арендовать его. С жильем то же самое: молодежь не стремится приобретать его в собственность, потому что есть ипотека, которую предстоит платить практически всю жизнь. Лучше взять в аренду, чтобы можно было легко сменить город или страну. Такая тенденция есть у молодежи. Но ведь право собственности никуда не делось, у каждого института есть своя ниша. Собственность – это возможность передать по наследству, это еще и инвестиции, а также возможность широко владеть, пользоваться, распоряжаться. Цифровизация тоже важна, потому что сейчас практически все права по пользованию оформляются через цифровые платформы. Несколько кликов и мы можем арендовать что-либо, причем рисков не так много. Там, где право пользования – своя ниша, где вещное право – своя. Нужно понимать, что вещное право будет там, где нужно удовлетворять требования в пользовании вещи. Например, земельный участок, мы его хоть и оцифруем, но ведь все-равно нужно на нем что-то строить, обрабатывать землю. С квартирой то же самое, продукты питания – их возможно перевести в цифровой мир, но можно ли будет их использовать по прямому назначению? Нет, конечно. Но, думаю, что там, где собственность приобретают для инвестиций и вкладывают в цифровые токены, то вопрос решается по-другому: например, при краудфандинге, когда лицо вкладывает деньги в недвижимость, причем обеспечены они этой недвижимостью (условно долей в торговом комплексе), но владелец никогда эту долю не увидит, потому что живет условно в Архангельске, а инвестирует в Москве. Он только желает получать деньги, в любой момент может эту долю продать и вернуть свои деньги с прибылью. Там, где есть право распоряжения инвестицией, там и возможен переход в цифровое пространство.

Но цифровое право – это, по сути, обязательственное право. Цифровое право – это способ фиксации имущественного права, поэтому предмет цифрового права до сих пор до конца не ясен. Резюмируя, можно сказать, что там, где право собственности – это инвестиция, то в этом случае, может, и нужно переводить все это в некую новую плоскость.

► **Каким должно быть обучение в современной магистратуре? Мы все же доучиваем бакалавра или это промежуточный этап, возможно, подготовка к научной жизни в аспирантуре, или приобретение узкой специализации?**

◀ Я считаю, что магистерские программы по юриспруденции должны быть самыми разными. Должна быть и прикладная магистратура, где должны развиваться hard skills, потому что это углубленное изучение одного направления. Кто-то хочет углубиться дальше, он выбирает вуз, где есть основательное изучение определенных институтов. Кто-то хочет углубиться дальше, он выбирает вуз, где есть основательное изучение определенных институтов. Soft skills тоже будут востребованы, потому что кто-то закончил сильный бакалавриат и хорошо знает гражданское право и процесс, но ему нужны мягкие навыки: ораторское мастерство, лидерство, работа в команде. Возможно, нужны какие-то общие познания в менеджменте, экономике, гуманитарных дисциплинах. Поэтому магистерские программы должны быть самыми разными, и вузы должны думать, исходя из своих специалистов и направленности, что они действительно смогут предложить. Переход к аспирантуре – это однозначно фундаментальная магистратура, не во всех вузах она может быть. Нельзя установить какое-то одно направление для всей России. Вузы должны давать разные предложения, чтобы у бакалавров было право выбора. Как сегодня живет юридическая наука в регионах? Здесь, наверное, образцом может выступить опыт Советского Союза, который создавал крупные научные центры в регионах и помогал им, всячески обеспечивал аспирантами и всей необходимой инфраструктурой.

► **Вы как раз сказали про регионы. Как сегодня в регионах живет наука права? То есть мы прекрасно понимаем, что есть МГУ, Вы сказали РШЧП, в Питере это СПбГУ, Казанский университет, Уральская сильная школа, но юридических вузов, юридических факультетов намного**



ТАМ, ГДЕ ЕСТЬ ПРАВО  
РАСПОРЯЖЕНИЯ  
ИНВЕСТИЦИЕЙ,  
ТАМ И ВОЗМОЖЕН  
ПЕРЕХОД В ЦИФРОВОЕ  
ПРОСТРАНСТВО.  
НО ЦИФРОВОЕ ПРАВО –  
ЭТО, ПО СУТИ,  
ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ  
ПРАВО. ЦИФРОВОЕ ПРАВО –  
ЭТО СПОСОБ ФИКСАЦИИ  
ИМУЩЕСТВЕННОГО  
ПРАВА, ПОЭТОМУ  
ПРЕДМЕТ ЦИФРОВОГО  
ПРАВА ДО СИХ ПОР  
ДО КОНЦА НЕ ЯСЕН



**больше, чем обозначенные мной. И вроде как теплится жизнь региональная юридическая, вроде там есть НКС при судах, вроде даже специалистов выпускают, но каких-то существенных прорывов нет, чтобы сказали: «Вот, а вы знали, диссертация какая во Владивостоке была защищена?», «А вот вы слышали лекции этого профессора?» Наверное, Томск еще, до переезда профессора Тузова, там тоже была с Хаскельбергом сильная школа. А так, мне, например, трудно сказать, что какая-то самобытная юридическая наука в регионах есть.**

◀ Да, вот здесь образец – Советский Союз, который создавал крупные научные центры и помогал региональным вузам, обеспечивал их кандидатами наук после МГУ им. М.В.Ломоносова, сейчас МГЮА им. Кутафина, а раньше тоже очень сильная школа, только другая – Всесоюзный юридический институт был, он тоже готовил кадры для всей страны. На несколько регионов один вуз, где был юридический факультет, но все равно такие центры планово

сверху создавались, и наука там была. Сегодня эта структура частично сохранилась, но вузов больше стало, которые юристов выпускают, в каждом регионе несколько юрфаков, и с наукой не везде хорошо. Поэтому, на мой взгляд, развивать науку нужно и в крупных юридических центрах, и в региональных университетах, потому что наука – это развитие. Ведь в регионе работающие юристы – это выходцы из своего вуза. 99% судей, адвокатов, корпоративных юристов – это те, которые закончили, например, Башкирский госуниверситет или Казанский госуниверситет, или Ульяновский госуниверситет и остались у себя работать. А если не будет в вузе науки, то все сосредоточится на учебном процессе и не будет развития, ведь преподаватели – они тоже должны расти. Они растут, когда видят, что есть общение, проводятся конференции, круглые столы, появляются новые идеи, люди пишут докторские диссертации, кандидатские, развивается аспирантура. И тогда с вузом работают и региональные высшие суды, приглашают научных работников в научно-

консультативные советы, а это – взаимообогащение: судьи фундаментальными положениями обогащаются, а преподаватель, ученый – проблемы практики познает и дальше размышляет, дальше развивает науку для того, чтобы она работала на эту практику. Поэтому там, где нет науки, конечно, этот вуз слабый, и студенты оттуда тоже выйдут слабые, потому что преподаватели только по учебникам будут давать материал, конечно, преподавать практикующие какие-то юристы будут приходиться – ну и все. Как говорят, в собственном соку варятся. Поэтому нужно развивать научные центры. В настоящее время Пермский университет организует крупный Юридический форум – площадку для общения правоведов. Я знаю, в Ульяновском госуниверситете заработал диссовет по гражданскому праву, проводятся конференции, соответственно, и к ним тоже молодые ученые едут, а потом уже в своем вузе развивают идеи. Поэтому наука там должна быть. Да, наверное, многие действительно фундаментальные научные работы защищаются в диссоветах в таких городах, как Москва, Петербург, Екатеринбург, Казань, но и в других вузах нашей страны защищаются неплохие работы и можно много найти там тоже интересного по гражданскому праву. И нам нужно ездить чаще, нас пусть приглашают.

► **Согласен, в РШЧП, кстати, тоже есть бесплатная программа. Преподавателей со всей страны обучают, повышают квалификацию. Вот такие центры, как РАНХиГС, МГУ, РШЧП, должны помогать и сотрудничать. Вы затронули Советский Союз, когда говорили про юридическое образование, а на Ваш взгляд, юридическое образование в Союзе, оно каким было? Два лагеря, мнения: либо это волюнтаризм, легизм, это был застой, все только марксистско-ленинскую теорию учили и никакого права там в принципе и не было, то есть все это вообще было бесправие, и**

**второй лагерь – что это была более основательная, фундаментальная школа, чем сейчас, в том числе и за счет того, что аккумулировались вот такие большие центры научные?**

◀ Конечно, научная школа была очень сильная в Союзе. И практическая школа, то есть вузы готовили практиков хороших, а вот я все-таки про научную школу. И даже сейчас мы, решая любой вопрос из сферы обязательственного права или правовой ответственности, либо из вещного права, обязательно

в советское право идем. Открываешь А.В. Венедиктова, там первые 100 страниц «марксизм-ленинизм», но дальше – на странице 3 предложения текста, а потом сноска с первоисточниками на немецком, французском, английском языках. Советские цивилисты фундаментальные исследования провели. Может быть, где-то они и были однобокие, потому что нельзя было о чем-то писать (как например, про вещное право на недвижимость).

► **Про МЧП как все очень осторожно писали.**

◀ Да, но школа была очень хорошая, потому что занимались наукой. Сейчас какой аспирант занимается только наукой? Вот дай аспиранту ту стипендию и те возможности, как тогда,

и соблазнов поменьше, и тогда бы больше уделяли времени науке. Есть очень много талантливых, хороших ребят, которые вынуждены зарабатывать, но и они тем не менее пишут, в настоящее время тоже хорошие исследования у молодых ученых появляются. Сейчас наука отличается тем, что мы можем через Интернет, т.е. онлайн, в любой вуз мира войти, в любую библиотеку, прочитать, узнать, о чем они пишут. И сегодня сравнительно-правовые исследования очень хорошие, меньше их было в Советском Союзе.

► **А как изменилось образование за период пандемии на Ваш взгляд?**

◀ Я бы не сказала, что сильно изменилось. В этом году я и семинары, и лекции вела по-разному. У нас



**ПЕРЕХОД  
К АСПИРАНТУРЕ –  
ЭТО ОДНОЗНАЧНО  
ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ  
МАГИСТРАТУРА, НЕ ВО ВСЕХ  
ВУЗАХ ОНА МОЖЕТ БЫТЬ.  
НЕЛЬЗЯ УСТАНОВИТЬ  
КАКОЕ-ТО ОДНО  
НАПРАВЛЕНИЕ  
ДЛЯ ВСЕЙ РОССИИ.  
ВУЗЫ ДОЛЖНЫ ДАВАТЬ  
РАЗНЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ,  
ЧТОБЫ У БАКАЛАВРОВ  
БЫЛО ПРАВО ВЫБОРА**

в РАНХиГС смешанный формат был в начале года: семинары в аудитории, лекции – онлайн. Конечно, хочется живого общения, конечно, хочется, чтобы ребята задавали вопросы, чтобы вживую мы друг друга видели, общались. Но мы, преподаватели, и онлайн приспособились, в частности, научились задавать студентам вопросы таким образом, чтобы их заставлять думать, и они не успели ничего ниоткуда прочитать. Ведь когда тебе вопрос задан таким образом, как некая проблема, которую ты должен решить, то здесь смартфон не поможет, надо самому рассуждать. Решаем кейсы (я про гражданское право говорю), специально их так формулируем, чтобы невозможно было списать, у кого-то прочитать. Поэтому я не думаю, что мы, перейдя на дистанционное обучение, сильно отстали от других периодов, когда учились очно, и то, что другой уровень у студентов – не сказала бы. Но все равно ничто не заменит живого общения. Конечно, я за то, чтобы лекции и семинары, – все было в аудитории.

**► В Вышке Вы осуществляли полномочия ученого секретаря диссовета по праву, и вот это как раз таки был один из первых диссоветов, который присуждал так называемые не ВАКовские степени. На Ваш взгляд, какова эффективность этих не ВАКовских защит, когда я получаю степень, но у меня степень от университета, меня признало сообщество, но только сообщество именно из моего вуза? Еще вопрос здесь в том состоит, на мой взгляд, что эта степень должна всегда произноситься с оговоркой, что она не ВАКовская, хотя самые лучшие теоретики, преподаватели: Артем Георгиевич Карапетов и Сергей Васильевич Сарбаш, Антон Александрович Иванов в этом диссовете были, и зачем проводить тогда разницу между этими степенями, если ее присуждали даже более почтенные люди, чем список неизвестных, но «государственных мужей».**

◀ Действительно, в Высшей школе экономики был образован диссовет – первый диссовет не ВАКовский, и он – по праву, так он назывался, то есть все специальности юридические, научные, они были собраны в работе этого совета, то есть можно было выйти с защитой и по уголовному праву, и по уголовному процессу, и по гражданскому праву и гражданскому процессу, по теории государства и права и так далее. И мы здесь школу хорошую прошли, потому

что с нуля создавали этот совет, и я не скажу, что он хуже, конечно же, чем ВАКовский. Я считаю, что даже в каких-то аспектах это лучше, чем ВАКовский совет. В том, что защита проходит комитетом из пяти человек-специалистов в этой области, то есть пять человек лучших ученых в России читают твою диссертацию.

**► В 2013 году Ваша монография «Система ограниченных вещных прав на земельный участок» по докторской диссертации получила престижную германо-российскую премию за лучшую работу по сравнительному праву от Германо-Российского института. Как говорится, «редкая птица долетит до середины Днепра», так же и редкая работа удостоится такой премии. В чем секрет Вашей победы? Поделитесь, пожалуйста, с нашими читателями, как сделать хорошее исследование.**

◀ Я отправила свою работу, полагая, что она вроде подходит по критериям конкурса и, возможно, будет замечена немецкими коллегами, не рассчитывая, что они так высоко ее оценят. Отправила книгу по почте. Думаю, ладно, ответят и ответят. Секрета нет, члены жюри ведь внимательно читают работы, и им интересно, когда сравнивают их право с зарубежным, в том числе и с российским правом. Поэтому я считаю, что нужно изучать первоисточники, а не по переводным писать работы. Любят у нас иногда говорить, что мы французов или немцев перевели, а смотришь – ссылки на русские работы, кто-то когда-то перевел, а автор на него ссылается. Надо читать первоисточники, при этом надо смотреть, какие у них новые институты, какие у них существуют проблемы. Когда я писала, я не просто описывала, как все красиво, нет, много критики разной также встретила и изучала судебную практику, заходила на сайты земельных судов. Смотрела, какие возникают практические проблемы и как их комментируют. Наверное, вот этим и взяла, что в основе были многочисленные первоисточники и работа не описательная, а содержит критический анализ, показана и теория, и практика, а также сравнение с российским правом, сделаны авторские выводы.

**► Каких изменений сегодня требует юридическое образование? Вы с сентября 2021 года возглавили кафедру Гражданского права**

## **в РАНХиГС, какие Ваши планы на этом ответственном посту?**

◀ Да, действительно, меня пригласили на заведование кафедрой в РАНХиГС, я согласилась, потому что уже работала здесь совместителем. Мне и коллектив нравится, и со студентами общалась, с аспирантами, и даже у Вас преподавала. Я с удовольствием, когда мне предложили, перешла сюда. Революцию делать, конечно, не собираюсь, в РАНХиГС уже все очень хорошо налажено, прекрасные условия для научной работы, сильный научный отдел в институте права, дисциплина в учебном процессе. Разработаны интересные и актуальные магистерские программы, востребованные бакалаврские программы. Конечно, поскольку я люблю свое дело, люблю Гражданское право, мне хочется все время развития, поэтому мы сейчас думаем об открытии новой магистерской программы на кафедре, и есть такая идея «Гражданское право и бизнес», при этом с упором сделать разные треки в рамках этой магистерской программы. Ребята будут выбирать трек: дисциплины из сферы гражданского права, предпринимательского права и цифрового права (есть идея еще одновременно изучить углубленно зарубежные институты: Civil Law, Business Law, предпринимательскую корпорацию в США, вещные права в германском праве, договорное право Англии или общего права). У нас в институте работают специалисты, которые знают иностранные языки, написали диссертации и могут ребятам в сравнительном аспекте все рассказать. То есть нужно магистрантам показать, как работают институты гражданского и предпринимательского права за рубежом, и почему отдельные институты мы ввели в наше законодательство, как они у них работают, а как у нас, и как мы можем дальше их развивать. И почему вещное право мы должны развивать по немецкому, французскому или швейцарскому пути, а не по англо-американскому. Надо

в вузах просвещать, рассказывать об этом. Студенты мало читают зарубежной литературы и законодательства, в основном по переводным источникам, а перевести ведь тоже еще надо правильно. Также в рамках новой магистратуры будет трек «Цифровое право» с изучением именно гражданско-правовых аспектов цифровизации (в том числе с пресловутым юридическим дизайном). Планируется, что сначала магистранты изучают общие дисциплины, а потом уже уходят углубленно в то, что им нравится, или могут набрать по несколько дисциплин из каж-

дого трека. Что еще планируется в новой должности – это работа с коллективом кафедры. У нас очень хороший потенциал на кафедре гражданского права, и мне хочется, чтобы у нас так выстроилась работа, чтобы каждый мог себя раскрыть, чтобы было интересно работать. Не просто пришел, провел занятие и все, на этом и забыл про гражданское или семейное право. Мы должны расти все, должны обсуждать и научные проблемы, и практические проблемы, и даже начиная с самого простого – обсуждая темы кандидатских диссертаций, надо выстраивать интересную научную дискуссию. И я вижу, как на заседаниях кафедры каждый преподаватель себя показывает, пред-

ставляет ту или иную область исследования, знает, какие научные тренды имеются, какие практические проблемы. Роль заведующего кафедрой – это вести за собой. Я всегда сама в своей профессиональной деятельности шла за кем-то. Кто-то должен всегда быть впереди, а для этого тот, кто ведет, должен для себя тоже очень высокую планку ставить, быть примером, нужно все время писать, работать, много читать и быть интересным. То есть надо, чтобы у моих преподавателей, аспирантов, студентов, бакалавров «глаза горели» и было вдохновение, хотелось расти, а это и есть развитие, то есть не нужно никаких делать революций, нужно развивать то, что есть, сохраняя лучшее. ■



**Я НЕ ДУМАЮ, ЧТО МЫ,  
ПЕРЕЙДЯ  
НА ДИСТАНЦИОННОЕ  
ОБУЧЕНИЕ, СИЛЬНО  
ОТСТАЛИ ОТ ДРУГИХ  
ПЕРИОДОВ, КОГДА УЧИЛИСЬ  
ОЧНО, И ТО, ЧТО ДРУГОЙ  
УРОВЕНЬ У СТУДЕНТОВ –  
НЕ СКАЗАЛА БЫ. НО ВСЕ  
РАВНО НИЧТО НЕ ЗАМЕНИТ  
ЖИВОГО ОБЩЕНИЯ.  
КОНЕЧНО, Я ЗА ТО, ЧТОБЫ  
ЛЕКЦИИ И СЕМИНАРЫ, –  
ВСЕ БЫЛО В АУДИТОРИИ**



УДК 347.1



**Свистов Артем Александрович**  
 Магистр частного права РАНХиГС  
 при Президенте РФ  
 Юрист ООО «Юридическая  
 компания «Митра»

**Artem Svistov**

Master of Private Law  
 RANEPa under the President of the  
 Russian Federation  
 Lawyer of LLC «Mitra Law Company»

## ПРИРОДА ЭСТОППЕЛЯ И НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ

### THE LEGAL NATURE OF ESTOPPEL AND THE NEW HORIZONS FOR ITS APPLICATION

**АННОТАЦИЯ:** Российская правовая система остро нуждается в повышении уровня содержательности, правовой определенности и направленности правоприменительной деятельности на такую категорию, как «дух» права. Фактически российский законодатель, следуя этим целям, сначала ввел в гражданское законодательство категорию «добросовестность», а впоследствии – категорию запрета противоречивого поведения – «эстоппель», что направлено на повышение уровня стабильности гражданского оборота. Однако повышение правовой определенности необходимо не только в гражданском обороте.

Несмотря на большое количество юридической литературы, посвященной «эстоппелю» и его проблемам, автором статьи будут предложены теоретически обоснованные правовые модели для возможности расширения применения «эстоппеля» в российском правовом порядке как в публичных, так и в частно-публичных отраслях права. Также будет обращено внимание на соотношение «эстоппеля» и доктрины законных ожиданий (принцип защиты доверия).

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *эстоппель, принцип добросовестности, правило venire contra factum proprium, публичное право, аналогия закона, толкование Конституции РФ, доктрина законных ожиданий.*

**ANNOTATION:** The Russian legal system, in my opinion, is in dire need of an increase in the level of content, legal certainty and focus of law enforcement activities on such a category as the “spirit” of law. In fact, the Russian legislator, following these goals, first introduced the category of «good faith» into civil legislation, and later – the category of prohibition of contradictory behavior – «estoppel», which is aimed at increasing the level of stability of civil turnover. However, increasing legal certainty is necessary not only in civilian circulation.

Despite the large amount of legal literature devoted to estoppel and its problems, the author of the article will offer theoretically grounded legal models for the possibility of expanding the use of estoppel in the Russian legal order, based on the principle of good faith, and a new definition of estoppel will be given, in both public and private-public branches of law. Attention will also be drawn to the relationship between «estoppels» and the doctrine of legitimate expectations (the principle of protecting trust).

**KEYWORDS:** *estoppel, principle of good faith, rule venire contra factum proprium, public law, analogy of law, interpretation of the Constitution of the Russian Federation, legitimate expectation.*

**К**атегория «эстоппель» только на первый взгляд не является обширной категорией, что, конечно же, не соответствует действительности. «Эстоппель» рассматривают как институт права, как доктрину, как межотраслевой принцип, как детализацию принципа добросовестности.

Автор изначально хочет обратить внимание на то, что в статье не будет делаться упор на понятие и условия применения «эстоппеля», так как этим проблемам было посвящено множество исследований, в связи с чем повторное отражение данных аспектов в статье не будет отвечать критерию научной новизны.

При эволюционном развитии правовой мысли в его исторической ретроспективе, в рамках строгого формально-определённого позитивного права для придания обороту большей содержательности, в зарубежных правовых порядках были выработаны правовые конструкции, основой которых является запрет противоречивого поведения. Первый – «эстоппель» – был сформирован в Англии в рамках права справедливости. Второй – *venire contra factum proprium* – был выработан римскими глоссаторами при интерпретации положений *Corpus*

luris Civilison в рамках *exceptio doli generalis* и в дальнейшем заимствован правовыми порядками стран континентальной системы прав.

В этой связи хотелось бы остановиться на правовой природе категории «эстоппель» в системе координат российского правового порядка для возможности его применения не только в частном праве.

При имплементации «эстоппеля» в российский правовой порядок необходимо учитывать его аналог – максимум «*venire contra factum proprium*» –, складывающийся именно в континентальной системе права.

В максиме «*venire contra factum proprium*» выделяются следующие элементы: 1) изначальное поведение (действия) участника правоотношения, на которое положился другой участник; 2) волеизъявление, которое противоречит изначальному поведению; 3) итоговое противоречивое поведение, состоящее из двух составных частей, не отвечающее принципу добросовестности.

Известный теоретик частного права Д.О. Тузов достаточно четко отметил, что данная максима, с одной стороны, дает возможность правоприменителю учитывать все фактические конкретные обстоятельства дела, что не дает возможности ей выступать каким-то абстрактным принципом права<sup>1</sup>.

С другой стороны, данная правовая конструкция связана с принципом добросовестности.

На этом настаивает и К. В. Нам, указывая, что правило *venire contra factum proprium* приобрело такое значение ввиду его использования «в рамках категории принципа добросовестности в качестве правового механизма... в тех ситуациях, когда буква закона расходилась с его духом»<sup>2</sup>.

Рассматривая категорию запрета противоречивого поведения, можно сделать вывод, что оно

получило развитие через принцип добросовестности и ценно именно в его парадигме.

Ставить знак равенства между континентальными правилами о запрете на противоречивое поведение и «эстоппелем» представляется неверным. Для российского правового порядка при употреблении слова «эстоппель» куда ближе с точки зрения континентального права использовать и понимать правило *venire contra factum proprium*, поэтому автор настоящей работы категорию «эстоппель» будет употреблять в кавычках.

Автор считает, что запрет недобросовестного поведения и запрет противоречивого поведения в гражданском праве соотносятся как род и вид.

Также нельзя согласиться с теми авторами, которые считают «эстоппель» самостоятельным принципом или межотраслевым принципом<sup>3</sup>.

В англосаксонской правовой семье «эстоппель» действительно сформировался уже как принцип права и является неким общим и абстрактным решением с учетом того, что в данной системе содержится множество различных видов

«эстоппелей», сформированных в рамках судебных прецедентов.

Такое понимание принципов права существенно отличается от их содержания в российском праве.

Соответственно, недопущение противоречивого поведения выступает одним из проявлений принципа добросовестности, тем самым положения гражданского законодательства об «эстоппеле» можно представить в качестве некой детализации этого принципа.

Развивая вышеуказанный довод, идея недопустимости противоречивого поведения в гражданском обороте не может являться общим принципом права, однако правовая природа данной

## РАССМАТРИВАЯ КАТЕГОРИЮ ЗАПРЕТА ПРОТИВОРЕЧИВОГО ПОВЕДЕНИЯ, МОЖНО СДЕЛАТЬ ВЫВОД, ЧТО ОНО ПОЛУЧИЛО РАЗВИТИЕ ЧЕРЕЗ ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ И ЦЕННО ИМЕННО В ЕГО ПАРАДИГМЕ

<sup>1</sup> Тузов Д.О. Идея недопустимости «*venire contra factum proprium*» в связи с нормой об иррелевантности заявления о недействительности: юридическая максима или принцип? // Закон. 2020. N 4. С. 60.

<sup>2</sup> Нам К.В. Эстоппель в контексте принципа добросовестности // Закон. 2020. № 4. С. 39.

<sup>3</sup> Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. – М.: Статут, 2014. – С. 53.

идеи выражена в служении толкованию принципа добросовестности.

Также, если «эстоппель» является видовым понятием по отношению к принципу добросовестности и по сути раскрывает его при стечении некоторых обстоятельств (условий), при которых начинает действовать «эстоппель», то он не может являться самостоятельным принципом.

При этом недопущение противоречивого поведения выступает одним из проявлений принципа добросовестности.

Анализ большинства литературных источников показывает, что авторы, которые исследовали применение «эстоппеля»<sup>4</sup>, безапелляционно формулировали вывод о том, что отношения между сторонами должны быть частноправовыми и вытекать из материального или процессуального права в таких отраслях права, как гражданское право, арбитражный и гражданский процесс.

Автор считает необходимым и возможным распространить применение «эстоппеля» в публичных правоотношениях (например, в случаях, когда орган государственной власти осуществляет привлечение лица к административной ответственности в рамках Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ)<sup>5</sup>, либо когда налоговый орган привлекает участника соответствующих правоотношений к налоговой ответственности) и др., либо же в тех отраслях права, которые имеют императивно-диспозитивный правовой метод: трудовое, жилищное, семейное право и т.д.

Конечно же, никто не оспаривает, что сам по себе «эстоппель» имеет частноправовую природу и его развитие происходило непосредственно в гражданском праве.

Критики такой идеи, как представляется, могут возразить, утверждая, что в том же Налоговом кодексе, Семейном кодексе и т.д. прямо не закреплено положение об «эстоппеле», либо применение частноправового института к публично-правовым отношениям в принципе невозможно, что является сугубо формальным под-

ходом, не отвечающим современному подходу к праву, где содержание должно преобладать над формой.

Как считает автор настоящей работы, «эстоппель» «привязан» к принципу добросовестности и не может являться самостоятельным принципом, поскольку по существу является формой его детализации.

В свою очередь принцип добросовестности, изначально получивший свое развитие и закрепление в гражданском праве, является фундаментальным (универсальным) принципом права для всей правовой системы, и его активное применение в публичных правоотношениях либо же в частно-публичных (семейные, жилищные и др.) правоотношениях не может сказаться негативно на стабильности таких правоотношений, как и не может противоречить существу законодательного регулирования.

Более того, в судебной практике «эстоппель» часто применяется не только в частноправовых спорах<sup>6</sup>.

В подтверждение довода о непротиворечивости применения «эстоппеля» в иных отраслях права автор хотел бы привести примеры, когда частноправовые институты, в том числе базирующиеся на принципе добросовестности, активно применяются в судебной практике в частно-публичных и публичных отраслях права.

В п.27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ (далее – Пленум ВС РФ) от 17.03.2004 N 2 (ред. от 24.11.2015) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» ВС РФ ориентирует нижестоящие суды на то, что в трудовых правоотношениях между работником и работодателем также должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом.

Таким образом, Пленум ВС РФ применительно к отношениям, вытекающим из трудового права, прямо указал, что суды должны не допускать злоупотребление права как со стороны работников, так и со стороны работодателей. Отметим, что

<sup>4</sup> Подшивалов Т.П., Поор К.А. Характеристика эстоппеля в российском праве // Право и экономика. 2017. N 2. С. 25; Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. – М.: Статут, 2014. – С. 53.

<sup>5</sup> «Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» от 30.12.2001 N 195-ФЗ. (ред. от 05.04.2021) // «Российская газета», N 76, 09.04.2021.

<sup>6</sup> См.: Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 28.05.2020 по делу N 88-10625/2020, 88-12760/2020 (трудовое право), Кассационное определение Кассационного военного суда от 13.05.2020 N 88а-937/2020 (жилищное право) и т.д.



в Трудовом кодексе частноправовой принцип недопустимости злоупотребления правом формально не закреплен, однако данный принцип имеет общеправовую (межотраслевую) природу.

По делу N А40-183648/2013<sup>7</sup> суд указал, что обстоятельства самостоятельного последующего отзыва доверенности Обществом в условиях не уведомления административного органа и впоследствии направление на рассмотрение дела представителя, у которого была отозвана доверенность в стадии прекращения его полномочий, апелляционный суд расценивает как злоупотребление своим правом.

Каким же образом возможно реализовать применение «эстоппеля» за рамками гражданского права, арбитражного процесса и гражданского процесса непосредственно на практике?

Согласно ч.3 ст.17 Конституции Российской Федерации<sup>8</sup> осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Данная лаконичная и абстрактная

статья посредством системного и расширительного толкования содержит в себе общеправовые принципы добросовестного использования субъективных прав и недопустимости злоупотребления правом. Содержание в ч.3 ст.17 Конституции данных принципов подтверждено многочисленными актами Конституционным Судом Российской Федерации (далее – КС РФ).

Так, КС РФ, толкуя через призму статьи 10 ГК РФ принцип добросовестности и запрет злоупотребления правом, указывал, что данные принципы направлены на реализацию конституционного принципа, закрепленного в статье 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

И.М. Шевченко справедливо отмечает, что принцип добросовестности относится к основам российского правопорядка, поскольку он закреплен не только в п. 3 ст. 1 ГК РФ, но и в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ<sup>9</sup>.

К.В. Нам также справедливо отметил, что принцип добросовестности может быть отнесен

<sup>7</sup> Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.05.2014 N 09АП-11676/2014-АК по делу N А40-183648/2013 // СПС «Консультант Плюс».

<sup>8</sup> «Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования

01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020 (дата обращения: 01.05.2021).

<sup>9</sup> Шевченко И.М. О некоторых вопросах оспаривания решений собрания кредиторов в делах о банкротстве // Закон. 2020. N 9. С. 69.

**АНАЛИЗ СТАТЕЙ КОНСТИТУЦИИ И КОНВЕНЦИИ СОВМЕСТНО С АКТАМИ ТОЛКОВАНИЯ ЕСПЧ И КС РФ ПОЗВОЛЯЕТ СДЕЛАТЬ ВЫВОД, ЧТО ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕЩНОСТИ ЯВЛЯЕТСЯ УНИВЕРСАЛЬНЫМ ПРИНЦИПОМ ПРАВА, КОТОРЫЙ НАХОДИТ СВОЕ ОТРАЖЕНИЕ ВО ВСЕХ ОТРАСЛЯХ ПРАВА, В СВОЮ ОЧЕРЕДЬ, ПРИ БОЛЬШОМ ЗНАЧЕНИИ САМОГО СМЫСЛА ПРИНЦИПОВ ПРАВА «ЭСТОППЕЛЬ» ВОЗМОЖНО ПРИМЕНЯТЬ СО ССЫЛКОЙ НА Ч.3 СТ.17 КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И СТ.17 КОНВЕНЦИИ И В ИНЫХ ОТРАСЛЯХ ПРАВА**

к числу межотраслевых, причем его применение возможно в любых отраслях права<sup>10</sup>.

Также представляет некий интерес правовая позиция КС РФ, выраженная в постановлении от 24.02.2004 N 3-П, что при отсутствии конкретных запретов в законодательстве в рамках дачи оценки правомерности действиям лиц необходимо учитывать общие принципы права.

Теперь поговорим о надгосударственном правовом регулировании.

В деле «Лоулесс против Ирландии» 1961 года<sup>11</sup> Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ), толкуя ст.17 Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>12</sup>, указал, что данная статья имеет действие на запрет на злоупотребление правами, которые вытекают из Конвенции, в том числе и на злоупотребление процессуальными правами, тем самым участники правоотношений должны действовать добросовестно и разумно распоряжаться ими.

Таким образом, в данном деле суд, раскрывая понятие злоупотребления правом, установил, что данная категория зиждется на принципе добросовестности, в свою очередь принцип добросовестности нашел свое отражение в ст.17 Конвенции, что делает его универсальным и межотраслевым принципом права, такой подход является логичным и верным.

Как известно, конвенционные нормы, применяемые в истолковании ЕСПЧ, являются общеобязательными на территории Российской Федерации<sup>13</sup>.

Таким образом, правовая позиция ЕСПЧ по вопросам толкования ст.17 Конвенции приобретает обязательную силу для российской правовой системы во главе с Конституцией, тем более это никак ей не противоречит и не подрывает публичный порядок с основами конституционного строя.

В продолжение формирования гарантий соблюдения конвенционного принципа добросовестности и запрещения злоупотреблений правами КС РФ неоднократно подчеркивал недопустимость недобросовестного поведения участников правоотношений<sup>14</sup>.

Анализ статей Конституции и Конвенции совместно с актами толкования ЕСПЧ и КС РФ позволяет сделать вывод, что принцип добросовестности является универсальным принципом права, который находит свое отражение во всех отраслях права, в свою очередь, при большом значении самого смысла принципов права «эстоппель» возможно применять со ссылкой на ч.3 ст.17 Конституции Российской Федерации и ст.17 Конвенции и в иных отраслях права.

Вторым способом применения «эстоппеля» не только в частноправовых отраслях права является способ применения правовой аналогии, причем механизм аналогии вытекает из принципа самостоятельности судебной власти, где суд не может подменять законодателя и не создает новые правовые нормы<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Нам К.В. Принцип добросовестности. Система и бессистемность // Вестник гражданского права. 2019. N 1. С. 35 - 36.

<sup>11</sup> Лоулесс против Ирландии (Lawless v. Ireland): решение ЕСПЧ от 01.07.1961 // Серия А. 1961. N 3. С. 56.

<sup>12</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) (вместе с «Протоколом [N 1]» (Подписан в г. Париже 20.03.1952), «Протоколом N 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней» (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), «Протоколом N 7» (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984)) // «Бюллетень международных договоров», N 3, 2001.

<sup>13</sup> О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней: Постановление Пленума ВС РФ от 27.06.2013 N 21. URL: <http://www.pravo.gov.ru>.

<sup>14</sup> Рехтина И.В., Боловнев М.А. Принцип добросовестного пользования и запрет злоупотребления процессуальными правами в практике Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ // Современное право. 2018. N 3. С. 62 - 68.

<sup>15</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 16 марта 2006 г. N 76-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Миронова Юрия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

Такая сформированная позиция является неким ответом на сложившееся мнение о том, что институт аналогии и его применение — это нежелательное явление, поскольку предусматривает широкое усмотрение правоприменителей, что может нарушить принцип законности.

Судебная практика применяет аналогию и в публичных отраслях права, используя схожие правовые конструкции из гражданского права.

К примеру, Верховный Суд Российской Федерации (далее – ВС РФ) в одном из своих решений указал, что так как в НК РФ прямо не предусмотрены, как и не запрещены механизмы возможности уменьшения начисленных пеней, то в случае ее несоразмерности суд может применить аналогию закона со ссылкой на ст.333 ГК РФ<sup>16</sup>.

В Постановлении КС РФ от 15.07.2020 N 36-П<sup>17</sup> суд указал, что в КоАП РФ не предусмотрен правовой институт, который бы позволял возместить вред лицу, который был незаконно (в отсутствие его вины) привлечен к ответственности, поэтому в системе права РФ возмещение вреда возможно с помощью аналогичных институтов в гражданском праве.

Напротив, Г.А. Гаджиев считает, что в отраслях публичного права, в том числе в налоговом праве, такой институт частного права, как аналогия закона или права, применим быть не может, так как попросту не закреплен<sup>18</sup>.

Такая позиция является слишком формальной и не позволяет назвать себя содержательной. Более того, институт аналогии является общетеоретическим для права в целом и для его применения нет необходимости в формальном закреплении.

Существует и другая позиция, согласно которой Э.Н. Нагорная указывает на то, что в связи с отсутствием в НК РФ понятия злоупотребления налоговыми правами необходимо использовать институт аналогии и применять данную категорию исходя из ст.10 ГК РФ с учетом правовой позиции, выработанной Конституционным Судом РФ в отношении понятия «недобросовестный налогоплательщик»<sup>19</sup>.

В продолжении содержательной линии относительно аналогии КС РФ в п. 4.1, 4.2 Постановления N 9-П<sup>20</sup> указывал, что отсутствие публично-правовых конструкций для возврата необоснованно предоставленного налогового вычета не может служить препятствием для его возврата в бюджет, такие правоотношения должны признаваться как неосновательные обогащения за счет средств казны, в свою очередь в НК РФ такой институт не предусмотрен, поэтому применение института из ГК РФ признано допустимым с учетом положений налогового законодательства.

Тем самым КС РФ фактически допустил возможность применения частноправового

института к налоговым правоотношениям на основании аналогии закона.

Преломляя вышеуказанный анализ на применение «эстоппеля» в тех отраслях права, где он прямо не закреплен, считаем возможным его реализацию, в том числе со ссылкой на общие нормы Гражданского кодекса<sup>21</sup> РФ (ст.4, ст.10) в рамках применения субсидиарной аналогии закона.

В свою очередь, так как «эстоппель» проистекает из общеправового принципа добросовестности, который применим во всех отраслях права,

**ПРЕЛОМЛЯЯ  
ВЫШЕУКАЗАННЫЙ  
АНАЛИЗ НА ПРИМЕНЕНИЕ  
«ЭСТОППЕЛЯ» В ТЕХ  
ОТРАСЛЯХ ПРАВА, ГДЕ ОН  
ПРЯМО НЕ ЗАКРЕПЛЕН,  
СЧИТАЕМ ВОЗМОЖНЫМ ЕГО  
РЕАЛИЗАЦИЮ, В ТОМ ЧИСЛЕ  
СО ССЫЛКОЙ НА ОБЩИЕ  
НОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО  
КОДЕКСА РФ (СТ.4, СТ.10)  
В РАМКАХ ПРИМЕНЕНИЯ  
СУБСИДИАРНОЙ  
АНАЛОГИИ ЗАКОНА**

<sup>16</sup> Обзор судебной практики верховного суда российской федерации за IV квартал 1999 года // Бюллетень ВС РФ. 2000. №7. С.20.

<sup>17</sup> Постановлении Конституционного Суда РФ от 15.07.2020 N 36-П // «Вестник Конституционного Суда РФ», N 5, 2020.

<sup>18</sup> Гаджиев Г.А. Особенности толкования норм налогового законодательства // Налоговое право в решениях Конституционного Суда РФ 2008 г. С.14.

<sup>19</sup> Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве. М.: РИОР, 2014. С.57.

<sup>20</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2017 N 9-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Налогового кодекса Российской Федерации и Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Е.Н. Беспутина, А.В. Кульбацкого и В.А. Чапанова» // СПС Консультант Плюс.

<sup>21</sup> «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 26.10.2021) // «Российская газета», N 144, 02.07.2021.

то более правильным применением «эстоппеля» будет являться применение посредством первого способа через ст.17 Конституции Российской Федерации и ст.17 Конвенции, так как общеправовые принципы права закрепляются в международных актах, Конституции РФ и распространяют свое действие на отношения любых отраслей российского права.

Определившись с правовой возможностью применения «эстоппеля» не только в частном праве, необходимо отметить проблему возможного пересечения «эстоппеля» и доктрины законных ожиданий в публичных правоотношениях.

Доктрина законных ожиданий, которая берет свое начало из английского права, стала ответом юридической мысли на возможную сильную изменчивую политику органов государственной власти, что повлекло бы нарушение прав и законных интересов заинтересованных лиц<sup>22</sup>.

Доктрина применяется не только в Англии, ее аналог – принцип защиты доверия – применяется, к примеру, в Европейском Союзе<sup>23</sup>, однако данная правовая конструкция слабо представлена как в теории, так и в судебной практике российского правопорядка, но в последнее время набирает обороты, что является положительным фактом<sup>24</sup>. Часто в отечественной судебной практике данную правовую конструкцию, которую впервые применил КС РФ<sup>25</sup>, именуют принципом поддержания доверия к закону и действиям государства.

Такая конструкция имеет важное правовое значение, поскольку обратное может создать для государства нестабильную ситуацию в виде подрыва верховенства права. На такой основе у лиц гражданского общества существует презумпция законности действий органов власти, которые имеют легитимный и легальный статус, в связи с чем у лиц формируются определенные ожидания в правоотношениях с государством.

Доктрина не ограничивает автономию органов власти в принятии решений для достижения

общепользованных государственных целей, но и в то же время охраняет права и интересы лиц гражданского общества, поскольку позволяет учесть причину неожиданного изменения решения или правоприменительной деятельности, связанную с интересами всего общества.

Верховный Суд Российской Федерации в своем определении от 19.06.2020 № 303-ЭС20-816 фактически указывал, что нарушение принципа поддержания доверия к закону и действиям государства возможно лишь в том случае, если изменение правового регулирования, либо же ранее принятые в отношении лица правоприменительные акты и (или) устоявшиеся в правоприменительной практике подходы к применению правовых норм органами публичной власти повлекли ухудшение их имущественного положения.

В данном определении дано узкое понимание правовой природы принципа защиты доверия, фактически базирующееся на принципе правовой определенности, однако рассматриваемую конструкцию необходимо толковать расширительно, включая также случаи<sup>26</sup>, когда государственный орган:

- ранее указывал, что будет следовать определенным стандартам в принятии конкретного решения;
- создал у лица представление о независимом результате;
- создал административные правила или процедуру, в соответствии с которой учреждение добровольно действовало в конкретном случае.

Также любое ожидание может быть создано у лица, в том числе и неявно – посредством устоявшегося поведения государственного органа в прошлом.

Важно также подчеркнуть, что принцип защиты правомерных ожиданий может не применяться, если в свете конкретных обстоятельств дела будет установлено, что особо значимый публичный

<sup>22</sup> О защите законных ожиданий впервые упомянул Лорд Денникон в деле *Schmidt v Secretary of State*, 1968 г.

<sup>23</sup> Постановление ЕСПЧ от 24 июля 2003 г. по делу *Stretch v. the United Kingdom* (жалоба N 44277/98), решения Суда ЕС от 22.06.2006 по делам № С-182/03 и № С-217/03 и др.

<sup>24</sup> См.: Решение Верховного Суда РФ от 20.08.2007 N ГКПИ07-627, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 02.10.2020 N Ф09-8714/18 по делу N А76-23996/2018, Определение СКЭС ВС РФ по делу №А56-38382/2020 от

28.12.2021 года, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15.12.2021 N Ф04-7273/2021 по делу N А70-4014/2021.

<sup>25</sup> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2001. – № 5.

<sup>26</sup> В деле *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)* 2013 SCC 36 Верховный суд Канады очертил правовую природу законных ожиданий, вобрав в себя по факту мировой опыт по применению данной конструкции.

интерес перевешивает частный интерес, основанный на правомерных ожиданиях<sup>27</sup>, т.е. своими словами решение, нарушающее правомерные ожидания одного лица, может быть признано законным, если оно направлено на защиту прав неопределенного круга лиц и на достижение социальной справедливости.

Как усматривается, принцип защиты доверия применяется в отношениях власти-подчинения, т.е. в публично-правовых отношениях, где в основе лежит публичный интерес.

Такого же мнения придерживаются и ряд отечественных исследователей<sup>28</sup>, однако они указывают, что «эстоппель» не может быть применим в публичных правоотношениях, так как это будет подменять применение принципа защиты доверия к закону и действиям государства.

Основное опасение выражено в том, что доктрина законных ожиданий предполагает, что действия органов власти, нарушающие ожидания частного лица, могут быть признаны правомерными, если из них явствует, что они адресно направлены на какую-то многочисленную группу лиц для достижения социальной справедливости, тем не менее в случае действия «эстоппеля» необходимо защитить частное лицо и его интересы,

указав на противоречивое поведение государственного органа.

В свою очередь, при соотношении «эстоппеля» и принципа защиты доверия данные правовые конструкции в публичных правоотношениях российского правового порядка могут сосуществовать и взаимодополнять друг друга.

Во-первых, «эстоппель» в публичных правоотношениях мог бы защитить интересы государственного органа от недобросовестных и противоречивых действий лица<sup>29</sup>, в свою очередь, доктрина законных ожиданий направлена на защиту слабой стороны от непоследовательных действий государства.

Во-вторых, исследовав доктрину законных ожиданий в зарубежных правовых системах, можно сделать вывод, что данная конструкция применяется только в материальном праве, в свою очередь, «эстоппель» можно с уверенностью применять в процедурах привлечения лиц к административной и налоговой ответственности, не считая процессуальное законодательство<sup>30</sup>.

Таким образом, применение «эстоппеля» в публичных правоотношениях не должно вторгаться в действие принципа защиты доверия к закону и действиям государства.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научная литература:

1. Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. – М.: Статут, 2014. – 158 с.
2. Гаджиев Г.А. Особенности толкования норм налогового законодательства // Налоговое право в решениях Конституционного Суда РФ 2008 г. С.13-21.
3. Горовенко В.В. Недобросовестное поведение и злоупотребление правом: соотношение понятий // Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права, Тюмень. 2011. №4. С.175-180.
4. Нам К.В. Принцип добросовестности. Система и бессистемность // Вестник гражданского права. 2019. N 1. С. 35-36.
5. Нам К.В. Эстоппель в контексте принципа добросовестности // Закон. 2020. № 4. С. 38-46.
6. Подшивалов Т.П., Роор К.А. Характеристика эстоппеля в российском праве // Право и экономика. -2017. N 2. С. 24 - 28.
7. Кондрашова М.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник гражданского права. 2020. N 3. С. 199 - 214.
8. Роор К.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник арбитражной практики. 2017. N 3. С. 55 - 62;

<sup>27</sup> Решение Суда ЕС от 16.12.2010 по делу № С-537/08.

<sup>28</sup> Кондрашова М.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник гражданского права. 2020. N 3. С. 199 – 214; Роор К.А. Соотношение эстоппеля и доктрины законных ожиданий // Вестник арбитражной практики. 2017. N 3. С. 55 – 62; Шерстобоев О.Н. Защита законных ожиданий - основополагающий принцип административного права // Административное право и процесс. 2019. N 2. С. 21 – 26.

<sup>29</sup> К примеру, фактически «эстоппель» был применен в Постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 11.04.2017 по делу N А43-29124/2016, Постановлении Третьего арбитражного апелляционного суда от 29.03.2010 по делу N А33-20822/2009, Постановлении Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.01.2018 N 12АП-14779/2017 по делу N А57-12526/2017.

<sup>30</sup> См.: Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 26.06.2018 по делу N А33-4257/2018, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 13.12.2018 N 305-АД18-14921 по делу N А40-186686/2017.

9. Шерстобоев О.Н. Защита законных ожиданий – основополагающий принцип административного права // Административное право и процесс. 2019. N 2. С. 21 – 26.
10. Рехтина И.В., Боловнев М.А. Принцип добросовестного пользования и запрет злоупотребления процессуальными правами в практике Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда РФ // Современное право. 2018. N 3. С. 62 – 68.
11. Тузов Д.О. Идея недопустимости “venire contra factum proprium” в связи с нормой об иррелевантности заявления о недействительности: юридическая максима или принцип? // Закон. 2020. N 4. С. 47 – 64.
12. Юзвак М.В. Аналогия в налоговом праве. М.: РИОР, 2014. С.56-58.
13. Шевченко И.М. О некоторых вопросах оспаривания решений собрания кредиторов в делах о банкротстве // Закон. 2020. N 9. С. 66 – 78.
14. Лоулесс против Ирландии (Lawless v. Ireland): решение ЕСПЧ от 01.07.1961 // Серия А. 1961. N 3. С. 56.
21. Постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2001 № 8-П // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2001. – № 5.
22. Определение Конституционного Суда РФ от 16 марта 2006 г. N 76-О “Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Миронова Юрия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации” // СПС «Консультант Плюс».
23. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 N 2(ред. от 24.11.2015) “О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации” // “Официальные документы в образовании”, N 14, май, 2016.
24. Решение Суда ЕС от 16.12.2010 по делу № С-537/08.
25. Постановление ЕСПЧ от 24 июля 2003 г. по делу Stretch v. the United Kingdom (жалоба N 44277/98).
26. Решения Суда ЕС от 22.06.2006 по делам № С-182/03 и № С-217/03.
27. Обзор судебной практики верховного суда российской федерации за IV квартал 1999 года // Бюллетень ВС РФ.2000. №7. С.20.

**Нормативно-правовые акты:**

15. “Конституция Российской Федерации” (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 04.07.2020 (дата обращения: 01.11.2021).
16. Конвенция о защите прав человека и основных свобод”(Заключена в г. Риме 04.11.1950) (с изм. от 13.05.2004) (вместе с “Протоколом [N 1]” (Подписан в г. Париже 20.03.1952), “Протоколом N 4 об обеспечении некоторых прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и первый Протокол к ней” (Подписан в г. Страсбурге 16.09.1963), “Протоколом N 7” (Подписан в г. Страсбурге 22.11.1984)) // “Бюллетень международных договоров”, N 3, 2001.
17. “Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях” от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 05.04.2021) // “Российская газета”, N 76, 09.04.2021.
18. “Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)” от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 28.06.2021, с изм. от 26.10.2021) // “Российская газета”, N 144, 02.07.2021.
28. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 13.12.2018 N 305-АД18-14921 по делу N А40-186686/2017.
29. Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 19.06.2020 № 303-ЭС20-816.
30. Решение Верховного Суда РФ от 20.08.2007 N ГКПИ07-627.
31. Определение СКЭС ВС РФ по делу №А56-38382/2020 от 28.12.2021 года.
32. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15.12.2021 N Ф04-7273/2021 по делу N А70-4014/2021.
33. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 02.10.2020 N Ф09-8714/18 по делу N А76-23996/2018.
34. Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.05.2014 N 09АП-11676/2014-АК по делу N А40-183648/2013.
35. Постановление Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 08.12.2020 N 16-5447/2020.
36. Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11.04.2017 по делу N А43-29124/2016.
37. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 29.03.2010 по делу N А33-20822/2009.
38. Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.01.2018 N 12АП-14779/2017 по делу N А57-12526/2017.
39. Определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 28.05.2020 по делу N 88-10625/2020, 88-12760/2020.
40. Кассационное определение Кассационного военного суда от 13.05.2020 N 88а-937/2020.

**Судебная практика:**

19. Постановление Конституционного Суда РФ от 24.03.2017 N 9-П”По делу о проверке конституционности отдельных положений Налогового кодекса Российской Федерации и Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Е.Н. Беспутина, А.В. Кульбацкого и В.А. Чапланова” // СПС Консультант Плюс.
20. Постановлении Конституционного Суда РФ от 15.07.2020 N 36-П // “Вестник Конституционного Суда РФ”, N 5, 2020.



УДК 347.73



**Кудряшова Анастасия Геннадьевна**  
([kudryashovaaanastasia@mail.ru](mailto:kudryashovaaanastasia@mail.ru))

магистрант 1 курса Высшей школы  
государственного аудита (факультет)  
Московского государственного  
университета имени М.В. Ломоносова

**Anastasia Kudryashova**

1st year Master's student  
of the Higher School of State  
Audit (Faculty),  
Lomonosov Moscow State  
University

## ПРАВИЛА ТОНКОЙ КАПИТАЛИЗАЦИИ: ОПЫТ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

### THIN CAPITALIZATION RULES: THE EXPERIENCE OF RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES

**АННОТАЦИЯ:** В статье рассматриваются особенности конструкции правил тонкой капитализации в зарубежных странах. В частности, автором проанализированы различия правил тонкой капитализации, основанных на fixed ratio (debt-to-equity, interest-to-EBITDA) и на принципе вытянутой руки. Анализируя судебную практику, автор приходит к выводу, что дальнейшее развитие правил тонкой капитализации в России возможно по пути отказа от исследования соотношения долга к капиталу и перехода к показателю EBITDA, который рекомендован ОЭСР как наиболее отвечающий современным рыночным условиям.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** *недобросовестное налоговое планирование, антиуклонительные меры, общая антиуклонительная норма, правила тонкой капитализации, цель антиуклонительной нормы.*

**ANNOTATION:** This article examines the design features of thin capitalization rules in foreign countries. In particular, the author focuses on the differences between thin capitalization rules based on fixed ratio (debt-to-equity ratio, interest-to-EBITDA ratio) and the arm's-length principle. Analyzing the judicial practice, the author comes to the conclusion that further development of thin capitalization rules in Russia is possible by moving from debt-to-equity to interest-to-EBITDA rule, which is recommended by the OECD as the most appropriate to modern market conditions.

**KEYWORDS:** *tax avoidance, anti-avoidance rules, general anti-avoidance rules, thin capitalisation rules, purpose of anti-avoidance rules.*

**П**равила тонкой капитализации в России начали действовать в 2002 году, однако лишь в последнее время наблюдается рост числа налоговых споров в отношении применения правил, активно складывается правоприменительная практика.

Зарубежный опыт противодействия недобросовестным налоговым практикам является основой рекомендаций по борьбе с недобросовестным налоговым планированием, предлагаемых Организацией экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР). ОЭСР обобщает существующие антиуклонительные меры и определяет наиболее эффективные из них. В дальнейшем зарубежные юрисдикции совершенствуют свои антиуклонительные меры с учетом рекомендаций и руководств ОЭСР, что постепенно позволяет привести практики противодействия к единообразию и уменьшить количество налоговых злоупотреблений. Изучение международного опыта противодействия недобросовестному налоговому планированию и национального опыта зарубежных стран необходимо для совершенствования нормотворчества и практики правоприменения антиуклонительных мер в России. В связи с этим в первом разделе статьи анализируются общие подходы в реализации правил тонкой капитализации, выработанные в зарубежной практике. Второй раздел посвящен анализу российской правоприменительной практики по правилам тонкой капитализации, которая послужила эмпирической основой для выявления тенденций в развитии данных правил в России.

#### **1** Модели построения правил тонкой капитализации в зарубежных странах

Проценты по договору займа вычитаются из налоговой базы по корпоративному налогу как внереализационные расходы и, таким образом, приводят к уменьшению корпоративного

налога. В странах с высокой ставкой по корпоративному налогу это дает налогоплательщикам стимул финансировать свою деятельность не за счет собственного капитала, а за счет долга, что является способом недобросовестного налогового планирования. В условиях транснационального бизнеса прибыль компании, являющейся резидентом высоконалоговой юрисдикции, может быть перемещена в связанную с ней компанию (материнскую, дочернюю, сестринскую и т.д.), расположенную в низконалоговой юрисдикции, через выплату процентов по займу. Чтобы противодействовать негативным последствиям долгового финансирования, страны ввели правила тонкой капитализации.

Правила тонкой капитализации (как и иные специальные антиуклонительные меры) адресованы конкретной категории налогоплательщиков: компании-резиденту данной юрисдикции с иностранным капиталом, заключившей договор займа с взаимозависимой компанией-нерезидентом. Рассмотрим возможные дизайны правил тонкой капитализации, различающиеся по нескольким параметрам.

1. Как было отмечено, правила тонкой капитализации рассчитаны на применение к резиденту с иностранным капиталом, который взял заем у ассоциированного с ним нерезидента. Наличие взаимозависимости – обязательное условие применения правил тонкой капитализации. Для признания лиц взаимозависимыми в целях применения правил тонкой капитализации некоторые страны устанавливают требования об уровне иностранного участия<sup>1</sup> в капитале компании-резидента. То есть самого по себе факта наличия иностранного капитала может быть недостаточно, необходимо, чтобы доля иностранного участия достигла определенного уровня. Если чис-

ло иностранных инвестиций в структуре капитала меньше данного показателя, то предполагается, что отсутствует слишком большой уровень подконтрольности, поэтому стороны договора займа больше приближены к положению независимых сторон и меньше подвержены манипуляциям. Другие страны не устанавливают формальных требований к величине иностранного участия в капитале, формулируя определение взаимозависимости «широко»: наличие любой возможности одного лица определять решения другого лица<sup>2</sup>.

При оценке доли иностранного участия в капитале некоторые страны принимают во внимание только прямое участие, другие – прямое и косвенное участие<sup>3</sup>.

2. Правила тонкой капитализации возможно применить, как правило, только если компания-резидент с иностранным капиталом заключает договор займа с взаимозависимой компанией-нерезидентом, т.е. по общему правилу правила тонкой капитализации не применяются в отношении двух налоговых резидентов. Это объясняется целью, на которую направлено применение правил тонкой капитализации: создать преграду для вывода налоговой

базы за пределы территории конкретной юрисдикции. Однако есть ситуации, когда правила тонкой капитализации не будут применяться, даже если договор займа заключается между взаимозависимыми резидентом и нерезидентом. Эти ситуации касаются интеграционных союзов, в пределах территории которых налоговая база может свободно перемещаться<sup>4</sup>. Например, в Испании правила тонкой капитализации не могут применяться к испанским компаниям-резидентам, если их контрагентом является компания-резидент одной из стран Европейского союза<sup>5</sup>. Таким образом,

## ОСНОВНАЯ ЦЕЛЬ ПРАВИЛ ТОНКОЙ КАПИТАЛИЗАЦИИ – ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ВЫВОДУ НАЛОГОВОЙ БАЗЫ ЗА ПРЕДЕЛЫ ТЕРРИТОРИИ КОНКРЕТНОЙ ЮРИСДИКЦИИ ИЛИ ИНТЕГРИРОВАННОГО СОЮЗА ЮРИСДИКЦИЙ

<sup>1</sup> Например, требование 50 % участия установлено в Дании, Франции, Японии, Южной Корее; 25 % иностранного участия – в Канаде, Чехии, Германии, Италии, Польше, Словении, Испании. (Blouin J., H. Huizinga, L. Laeven, and G. Nicodème (2014). «Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure». IMF Working paper. N. 14/12. P. 23).

<sup>2</sup> Например, Аргентина, Чили, Индонезия, Венгрия, Латвия, Новая Зеландия, Швейцария не устанавливают такого требования. (Ibid.).

<sup>3</sup> Например, косвенное участие учитывается в Австралии, Канаде, Чехии, Дании, Германии, Италии, Японии, Литве, Нидерландах, Польше, Португалии, Сингапуре, Словении, Словакии, Испании, США, Великобритании. (Ibid.).

<sup>4</sup> Spain - Case 5871/2006. 17 March 2011 (Summary).

<sup>5</sup> Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure. Op. cit. P. 8.

основная цель правил тонкой капитализации – противодействие выводу налоговой базы за пределы территории конкретной юрисдикции или интегрированного союза юрисдикций. Статус займодавца и заемщика в качестве резидента или нерезидента не является определяющим для применения правил тонкой капитализации.

3. Можно выделить следующие модели правил тонкой капитализации:

- основанные на принципе вытянутой руки;
- основанные на подходе fixed ratio: debt to equity или interest to EBITDA.

Чтобы применить правила тонкой капитализации, необходимо исследовать соотношение собственного капитала к заемным средствам (долгу) (equity to debt). Недостаточная (тонкая) капитализация – это недостаточный объем собственных средств компании для обеспечения займа, т.е. это недостаточная платежеспособность для покрытия имеющегося уровня долга. Если будет установлено, что отношение долга к капиталу превышает определенный коэффициент (fixed ratio), то применяются правила тонкой капитализации<sup>6</sup>.

При расчете соотношения долга к капиталу можно учитывать разные показатели долга и разные показатели капитала<sup>7</sup>. Можно взять для расчета соотношения совокупный долг компании по всем ее обязательствам; внутренний долг по договору займа с конкретным взаимозависимым лицом (этот долг и исследуется на обеспеченность собственным капиталом); совокупный внутренний долг (т.е. со всеми взаимозависимыми лицами); совокупный внутренний иностранный долг; совокупный внутренний и внешний иностранный долг. Среди всех перечисленных вариаций выделим обобщенно две категории долга, которые можно учитывать при расчетах: совокупный долг или только внутренний долг (т.е. только перед взаимозависимым(ми) лицом(ами)). В качестве капитала можно учитывать: все активы компании; собственный капитал (т.е. разница между активами и обязательствами); часть собственного капитала,

принадлежащую конкретному взаимозависимому лицу; часть собственного капитала, которая принадлежит всем существующим взаимозависимым лицам; иностранный капитал<sup>8</sup>.

4. Правила тонкой капитализации могут быть основаны не только на исследовании соотношения контролируемой задолженности к собственному капиталу (debt to equity), но и на применении экономического показателя EBITDA<sup>9</sup> (interest to EBITDA), т.е. показателя прибыли до вычета процентов, до налогообложения и вычета расходов на амортизацию. Кредиторы на рынке, предоставляя кредит (заем) компании, не учитывают отношение суммы кредита и процентов по нему к собственному капиталу, т.к. проценты по долговому обязательству выплачиваются не за счет собственного капитала, а за счет выручки компании. Кроме того, в балансе имущество может быть переоцененным или недооцененным, и тогда привязка к собственному капиталу может вводить в заблуждение кредиторов в отношении платежеспособности заемщика. В целях признания компании способной исполнить долговое обязательство ОЭСР рекомендует<sup>10</sup> устанавливать «коридор» в 10-30 процентов от показателя EBITDA, если величина долгового обязательства находится в рамках данного «коридора», то вычет процентов из налогооблагаемой прибыли не может быть ограничен. Если у налогоплательщика достаточно прибыли до вычета процентов, налогов, амортизации для того, чтобы выплатить проценты по займу, то даже несмотря на превышение предельного соотношения долга к собственному капиталу (как правило, 3:1) считается, что ему мог бы быть предоставлен заем на рынке не ассоциированной компанией. Правила тонкой капитализации, основанные на показателе EBITDA, рекомендованы ОЭСР как наиболее отвечающие современным рыночным условиям и поэтому являются наиболее распространенной моделью правил в мире.

5. Применение правил тонкой капитализации, основанных на fixed ratio, является «автоматическим»,

<sup>6</sup> Schön, Wolfgang et al (2014). Debt and Equity in Domestic and International Tax Law – A Comparative Policy Analysis. *British Tax Review* 2. P. 150.

<sup>7</sup> Merlo, V., and G. Wamser (2014). Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules. *CEifo Dice Report*. N. 4/2014. P. 3.

<sup>8</sup> Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure. *Op. cit.* P. 8.

<sup>9</sup> Earnings before interest, taxation, depreciation, and amortization.

<sup>10</sup> «EBITDA is the most common measure of earnings currently used by countries with earnings-based tests. EBITDA is a guide to the ability of an entity to meet its obligations to pay interest. It is also a measure of earnings which is often used by lenders in deciding how much interest expense an entity can reasonably afford to bear». (OECD (2017). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, Paris. P 48.).

это означает, что сумма вычитаемых из налоговой базы процентов ограничивается, если соотношение долга и собственного капитала компании или долга и операционной прибыли превышает установленный законом коэффициент («коридор»), и напротив, никогда не может быть ограничена, если фактическое соотношение долга и капитала укладывается в рамки законодательно предусмотренного соотношения. Таким образом, здесь нет субъективной оценки, это расчет по формуле.

Однако правила тонкой капитализации могут быть основаны на принципе вытянутой руки. На основе данного принципа исследуется, на каких условиях был бы предоставлен заем компании-резиденту с иностранным капиталом в условиях рынка, то есть если бы займодавцем выступала не ассоциированная с ней компания, а независимая сторона. Если налоговый орган установит, что заем от не взаимозависимой стороны был бы меньше или предусматривал бы более низкую процентную ставку, то вычет процентов из налогооблагаемой базы по корпоративному налогу должен быть ограничен. При данном подходе исследуется структура капитала компании, а также иные внешние факторы (например, в какой степени среднее отношение долга к капиталу в компаниях данной отрасли отличается от рассматриваемой компании), учитываются индивидуальные обстоятельства в целях установления достаточности капитализации. Здесь не может быть фиксированного коэффициента капитализации для всех налогоплательщиков, каждый раз в отношении каждого налогоплательщика определяется индивидуальный для него коэффициент, который налоговые органы рассматривают как надлежащий. Правила тонкой капитализации, основанные на принципе вытянутой руки, мало распространены и применяются, например, в Великобритании, а до 2013 года – также в Австрии и Норвегии. Это связано с тем, что установление фиксированного коэффициента капитализации требует меньших затрат от нало-

гового органа, удобнее и быстрее в применении (гораздо легче применять одну и ту же формулу по отношению ко всем налогоплательщикам, нежели проводить анализ сопоставимости в каждом конкретном случае).

Отметим, что правило вытянутой руки обычно рассматривается в контексте трансфертного ценообразования. В руководстве по трансфертному ценообразованию ОЭСР правило вытянутой руки является одним из центральных вопросов обсуждения. Поэтому иногда правило вытянутой руки и правила тонкой капитализации противопоставляют друг другу, говоря о том, что данные правила разрешают кар-

динально разные вопросы: правило вытянутой руки применяется для анализа того, насколько условие о цене по сделке между взаимозависимыми сторонами соответствует рыночной цене; правила тонкой капитализации не затрагивают вопрос о цене (о том, соответствует или нет ставка по займу между взаимозависимыми лицами рыночной ставке), они направлены на установление платежеспособности организации, на определение достаточности собственного капитала компании для обеспечения займа (финансового положения заемщика).

На наш взгляд, правило вытянутой руки направлено на анализ «рыночности» и не про-

тивопоставлено правилам тонкой капитализации. Правило вытянутой руки проявляется:

- в трансфертном ценообразовании при анализе рыночности условий конкретных сделок, заключаемых внутри группы компаний;
- в правилах тонкой капитализации при расчете предельного уровня процентов, который можно учесть в расходах по корпоративному налогу. Именно этот предельный размер процентов предполагается «рыночным». Методика расчета может быть разная – с законодательно закрепленным предельным соотношением (как правило, 3:1) долга к капиталу или без закрепления такого формального соотношения (правила тонкой

**ПРАВИЛА ТОНКОЙ  
КАПИТАЛИЗАЦИИ,  
ОСНОВАННЫЕ НА  
ПОКАЗАТЕЛЕ EBITDA,  
РЕКОМЕНДОВАНЫ  
ОЭСР КАК НАИБОЛЕЕ  
ОТВЕЧАЮЩИЕ  
СОВРЕМЕННЫМ  
РЫНОЧНЫМ УСЛОВИЯМ  
И ПОЭТОМУ  
ЯВЛЯЮТСЯ НАИБОЛЕЕ  
РАСПРОСТРАНЕННОЙ  
МОДЕЛЬЮ ПРАВИЛ  
В МИРЕ**



капитализации, основанные не на debt to equity, а на правиле вытянутой руки), когда достаточность капитализации для каждой конкретной компании в каждом конкретном случае определяется налоговым органом. Если правила тонкой капитализации построены не на основе исследования соотношения долга к капиталу, а на соотношении величины процентов к показателю EBITDA, то принцип вытянутой руки проявляется в том, что исследуется достаточность операционной прибыли (долг не превышает 10-30 % от EBITDA) для покрытия долгового обязательства, предполагая, что именно при таком объеме операционной прибыли налогоплательщику мог бы быть предоставлен заем на данных условиях на рынке (в отсутствие фактора влияния взаимозависимого лица).

б. Возможно применение одного из двух методов ограничения вычета процентов из налоговой

базы по корпоративному налогу, если установлена недостаточная капитализация<sup>11</sup>. Во-первых, налоговый орган может просто отказать в вычете процентов (non-deductibility)<sup>12</sup>, во-вторых, он может произвести переклассификацию процентов в дивиденды, займа в капитал (reclassification as dividend)<sup>13</sup>. Заметим, что гражданско-правовые отношения между займодавцем и заемщиком не изменяются, для гражданского оборота заключенный между взаимозависимыми лицами договор по-прежнему квалифицируется в качестве договора займа, однако для налогового права в результате переклассификации отношения по предоставлению средств рассматриваются в качестве участия в капитале, следовательно, компания выплачивает уже не проценты, а дивиденды, что приводит к иным налоговым последствиям. В случае выявления недостаточной капитализации можно отказать в вычете всех начисленных по долгу процентов<sup>14</sup> или только той части процентов по той части долга,

<sup>11</sup> Desai Mihir A. and Dhammika Dharmapala (2015). Interest Deductions in a Multijurisdictional World. *National Tax Journal* 68, P. 80.

<sup>12</sup> Например, в Дании, Финляндии, Германии, Греции, Ирландии, Италии, Японии, Нидерландах, Норвегии, Португалии, Испании, Швеции, Великобритании, США. Данные по состоянию на 2014 год. (Asa Johansson (2016). *Anti-avoidance rules against international tax planning: a classification*. OECD Economic departments working papers. N 1356. OECD Publishing. P. 14-15.)

<sup>13</sup> Например, в Аргентине, Австралии, Австрии, Бельгии, Бразилии, Канаде, Китае, Колумбии, Чехии, Чили, Эстонии, Франции, Венгрии, Индии, Индонезии, Исландии, Израиле, Латвии, Люксембурге, Малайзии, Мексике, Новой Зеландии, Польше, Сингапуре и др. Данные по состоянию на 2014 год. (Ibid.)

<sup>14</sup> По состоянию на 2004 год – Латвия. (Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure. Op. cit. P. 8.)

которая превышает предельное соотношение заемных средств к капиталу (превышает коэффициент капитализации).

## 2 Применение правил тонкой капитализации в Российской Федерации

В соответствии со статьей 269 Налогового кодекса Российской Федерации<sup>15</sup> (далее – НК РФ) для применения правил тонкой капитализации необходимо выполнение двух условий:

1. наличие взаимозависимости в долговом обязательстве: иностранное взаимозависимое лицо или взаимозависимое лицо иностранного взаимозависимого лица, которое выступает кредитором или обеспечивает долговое обязательство налогоплательщика;
2. обязательство(а) больше в 3 или 12,5 раза (для банков и организаций, занимающихся лизинговой деятельностью) собственного капитала заемщика.

Если оба условия в совокупности выполняются, то наступают следующие правовые последствия:

1. отказ в вычете превышающей предельное соотношение части процентов из налоговой базы по налогу на прибыль у заемщика (дисквалификация процентов);
2. переквалификация превышающей части процентов в дивиденды и вменение заемщику как налоговому агенту налога с дивидендов, который он должен был удержать при их выплате иностранному контролирующему лицу.

Важным аспектом применения статьи 269 НК РФ является: правила тонкой капитализации применяются только к реальным займам, т.е. к займам, которые не являются мнимыми или притворными сделками. Прежде чем осуществлять проверку выполнения условий применения статьи 269 НК РФ,

необходимо провести тест реальности хозяйственных операций. Так, в деле «Русснефть-Брянск»<sup>16</sup> между налогоплательщиком (ООО «Нефтяная компания «Русснефть-Брянск») и его материнской компанией (доля участия 51%) – ОАО НК «РуссНефть» – был заключен договор займа, по которому налогоплательщиком были начислены проценты (но фактически не выплачены) за период с 2005 года по 2015 год, которые учитывались им в расходах по налогу на прибыль. Суд округа, подерживая позицию налогового органа в отказе в учете процентов в расходах в полном объеме и доначислении налога на прибыль, указал, что

### ПРЕЖДЕ ЧЕМ ОСУЩЕСТВЛЯТЬ ПРОВЕРКУ ВЫПОЛНЕНИЯ УСЛОВИЙ ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЬИ 269 НК РФ, НЕОБХОДИМО ПРОВЕСТИ ТЕСТ РЕАЛЬНОСТИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОПЕРАЦИЙ

«для целей налогообложения договор займа общества с АО НК «РуссНефть» был учтен не в соответствии с его действительным экономическим смыслом, что позволило налогоплательщику получить необоснованную налоговую выгоду». Во внимание были приняты следующие обстоятельства:

1. неоднократно сторонами заключались дополнительные соглашения, продлевающие срок возврата займа, увеличивающие сумму займа, уменьшающие процентную ставку;
2. заемщик не исполнял обязательства по договору займа, займодавец исполнения обязательств не требовал;
3. налогоплательщик (заемщик) являлся убыточной организацией, имел незначительные доходы от финансово-хозяйственной деятельности, у него отсутствовали источники для обслуживания займа. Займодавец обладал информацией в отношении данных фактов при заключении договора займа и в процессе предоставления денежных средств.

Оценив указанные обстоятельства, суды сделали вывод о мнимом характере договора займа: «займодавец (материнской компанией) осуществлял»

<sup>15</sup> СЗ РФ. 2000. N 32. Ст. 3340.

<sup>16</sup> Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.12.2017 по делу №А09-429/2017. URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ad0eb77-ebf5-4bd8-8479-6db73fefab44/20d591dd-e3a9-432e-a85d-5acef5d96b21/A09-429-2017\\_20171212\\_Reshenija\\_i\\_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ad0eb77-ebf5-4bd8-8479-6db73fefab44/20d591dd-e3a9-432e-a85d-5acef5d96b21/A09-429-2017_20171212_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True). (дата обращения: 10.01.2022).

4bd8-8479-6db73fefab44/20d591dd-e3a9-432e-a85d-5acef5d96b21/A09-429-2017\_20171212\_Reshenija\_i\_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 10.01.2022).

лось вложение денежных средств в развитие налогоплательщика, а договор займа был оформлен без реальных намерений по созданию для займодавца и заемщика правовых последствий, в отсутствие у налогоплательщика намерения возвращать полученные денежные средства, производить уплату процентов за пользование полученными денежными средствами в рамках договора займа, а у займодавца – без намерения получить сумму займа и проценты».

В данном случае условия, необходимые для применения правил тонкой капитализации, не были выполнены. Во-первых, отсутствует иностранное взаимозависимое лицо или российская организация, аффилированная с иностранным взаимозависимым лицом. Во-вторых, договор займа является мнимой сделкой, поэтому проценты, учтенные в расходах, должны быть дисквалифицированы в полном объеме в рамках общей антиуклонительной меры (концепции необоснованной налоговой выгоды).

В развитие данной правовой позиции можно поставить следующий вопрос: если бы в данной ситуации оба условия применения статьи 269 НК РФ соблюдались (займодавец – иностранное взаимозависимое лицо, обязательство по займу больше в 3 раза собственного капитала заемщика), но при этом перечисления процентов налогоплательщик не производил, а лишь начислял их, в таком случае применимы ли правила тонкой капитализации, необходимо ли рассчитать предельный объем процентов, который возможно учесть в расходах или необходимо отказать в вычете процентов в полном объеме? Абсурдным было бы позволить налогоплательщику учесть предельно возможный объем процентов в расходах по налогу на прибыль в ситуации фактически необслуживаемого займа. Таким образом, правила тонкой капитализации рассчитаны только на ситуацию реального займа (тест реальности операций), когда заем – нереальная сделка, учета предельного размера процентов не может быть, к такому займу применяется общая антиуклонительная мера.

Всегда ли формальное соблюдение условий действия антиуклонительной меры влечет наступление отрицательных последствий для налогоплательщика?

В п. 12 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 Налогового кодекса Российской Федерации (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.02.2017)<sup>17</sup> (далее – Обзор), изложена следующая ситуация: налогоплательщик (российская организация) заключил договор займа с иностранной сестринской компанией (резидент Австрии). Материнской компанией российского налогоплательщика и иностранной компании (Австрия) являлась также иностранная компания, при этом её доля участия в налогоплательщике составляла более 20%. В соответствии с п. 2 статьи 269 НК РФ в редакции, действовавшей на момент заключения договора займа и на момент рассмотрения спора, данная задолженность не подпадала под определение контролируемой задолженности, что не позволяло применить правила тонкой капитализации. Суд округа расширил законодательно закрепленное понятие контролируемой задолженности<sup>18</sup> и указал, что «применение п. 2 статьи 269 НК РФ возможно не только в случае прямой, но и при косвенной связи между российским налогоплательщиком – получателем займа и иностранной компанией, которая или через которую ему предоставляются денежные средства, где косвенная зависимость российского налогоплательщика от иностранной компании, выдавшей заем, может выражаться в подконтрольности обеих компаний единому центру – материнской компании». Ценность сформулированной судом округа правовой позиции для дальнейшего правоприменения заключается в следующем: при применении правил тонкой капитализации (и специальных антиуклонительных мер в целом) налоговым органам и судам необходимо устанавливать существо сложившихся отношений, специальную антиуклонительную норму нельзя применять формально. При этом «неформальное» применение может быть не только в пользу налогового органа (как было в ситуации, изложенной в п. 12 Обзора), но и в пользу налогоплательщика (как в деле «Мега-Инвест», которое будет рассмотрено далее). То, что не закреплено в норме, может быть контролируемой задолженностью, если по суще-

<sup>17</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. Сентябрь, 2017. N 9.

<sup>18</sup> С 01.01.2017 п. 2 статьи 269 НК РФ начал действовать в новой редакции, учитывающей сложившуюся судебную практику и закрепляющей выработанные ею подходы к пониманию контролируемой задолженности.

## ФОРМАЛЬНОЕ СОБЛЮДЕНИЕ УСЛОВИЙ ПРИМЕНЕНИЯ ANTIУКЛОНИТЕЛЬНОЙ МЕРЫ НЕ ДОЛЖНО ВЛЕЧЬ ОТРИЦАТЕЛЬНЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЕЮ, ЕСЛИ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИК НЕ ПРЕСЛЕДОВАЛ ЦЕЛИ ЗЛОУПОТРЕБИТЬ ПРАВОМ

ству есть фактор влияния, но может быть и обратная ситуация – формальное соблюдение условий применения антиуклонительной меры не должно влечь отрицательных последствий, предусмотренных ею, если налогоплательщик не преследовал цели злоупотребить правом (на примере тонкой капитализации – по существу задолженность не контролируется, денежные средства за пределы РФ не выводятся).

Фабула дела «Мега-Инвест»<sup>19</sup> была такова: между ООО «Элемент-Трейд» и налогоплательщиком (ООО «Мега-Инвест») заключен ряд договоров займа. Налогоплательщик и ООО «Элемент-Трейд» являются взаимозависимыми лицами, поскольку их учредителем с долями участия в уставном капитале 95,65 и 99,9 процентов соответственно является ООО «РМ-Групп». В свою очередь, учредителем общества «РМ-Групп» с долей участия в уставном капитале 99,76 процентов являлось иностранное юридическое лицо – компания с ограниченной ответственностью Бонтал Трейдинг Лимитед (Limited Liability Company Bontal Trading Limited), зарегистрированная в качестве налогоплательщика в Республике Кипр. Налоговый орган неправомочно применил п. 2 статьи 269 НК РФ и исключил начисленные проценты из расходов по налогу на прибыль, доначислил налог. ВС РФ указал, что выполнение двух условий применения правил тонкой капитализации (займодавец – взаимозависимое лицо взаимозависимого иностранного лица налогоплательщика; превышение соотношения долга к собственному

капиталу более чем в 3 раза) по общему правилу освобождает налоговый орган от необходимости доказывания иных обстоятельств, касающихся наличия злоупотребления правом, и признается достаточным для ограничения вычета процентов. Однако в каждом конкретном случае необходимо устанавливать, преследовалась ли налогоплательщиком цель уклонения, т.к. природа п. 2 статьи 269 НК РФ – антиуклонительная: «исключение возможности вывода прибыли из-под налогообложения в иностранные юрисдикции в результате манипулирования способами привлечения капитала». Иной подход означал бы дискриминацию по месту происхождения капитала, приводил бы к «невозможности учета экономически оправданных расходов (процентов по долговым обязательствам) российскими организациями в связи с самим фактом наличия иностранного элемента в корпоративной структуре налогоплательщика, а не наличием вышеназванных рисков злоупотребления правом и наступления потерь бюджета». Аргументы налогоплательщика были направлены на то, чтобы оспорить квалификацию задолженности как контролируемой (несмотря на то, что при формальном применении п. 2 статьи 269 НК РФ задолженность подпадала под понятие контролируемой).

Так, налогоплательщик указывал:

1. взаимозависимое иностранное лицо, в связи с которым произошло формальное выполнение условий применения правил тонкой капитализации, имеет номинальный статус, то есть не имеет возможности «самостоятельно пользоваться и (или) распоряжаться соответствующими доходами, в том числе от операций по предоставлению займов»; в силу номинальности иностранное взаимозависимое лицо нужно исключить при оценке экономического содержания операций, таким образом, все операции являются внутрисистемными: «финансирование предоставлено налогоплательщику из свободных средств ООО «Элемент-Трейд»;
2. «фактическим правом на доходы компании Бонтал Трейдинг Лимитед в действительности-

<sup>19</sup> Определение ВС РФ от 14.09.2020 по делу № А60-29234/2019 URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/05076c01-2c2a-43b4-8573-966b1e0295fa/ce564ffd-b3eb-4d05-bb9f-3bbb73c229b2/A60-29234-2019\\_20200914\\_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/05076c01-2c2a-43b4-8573-966b1e0295fa/ce564ffd-b3eb-4d05-bb9f-3bbb73c229b2/A60-29234-2019_20200914_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True) (дата обращения: 10.01.2022).

сти обладают физические лица, признаваемые налоговыми резидентами России», т.е. прибыль не выводилась за пределы РФ.

Таким образом, раскрытие налогоплательщиком номинальности иностранных взаимозависимых лиц и раскрытие фактического получателя дохода позволила исключить выполнение первого условия правил тонкой капитализации.

При обращении к правилам тонкой капитализации правоприменитель не может игнорировать институт фактического получателя дохода (далее также – ФПД). Если не принимать во внимание ФПД (в рассматриваемом деле такова была позиция налогового органа), то правила тонкой капитализации будут применяться только потому, что формально в капитале налогоплательщика есть иностранный элемент, что нарушает принцип недискриминации налогообложения. ВС РФ в рассматриваемом деле применил концепцию «существа отношений над их формой», приняв во внимание для проверки выполнения условий применения статьи 269 НК РФ не номинальные факты, а реальные – отношения налогоплательщика и бенефициара.

В тексте Определения ВС РФ по делу «Мега-Инвест» не затрагивался вопрос о том, может ли налогоплательщик избежать применения правил тонкой капитализации, если он в действительности не несет чрезмерную долговую нагрузку, несмотря на формальное превышение предельного отношения долга к собственному капиталу. Может ли налогоплательщик доказать оптимальность долговой нагрузки через раскрытие факта достаточности его операционной прибыли для обслуживания долга, хотя соотношение долга к капиталу и превышает отношение три к одному (ввиду того, что проценты по займу обслуживаются не за счет собственного капитала, а за счет выручки (показатель EBITDA))? На этот вопрос правоприменительной практике только предстоит ответить в будущем. Однако видна тенденция: необходимо определить действительный экономический смысл операции – заем или вклад в капитал, если будет установлено, что в действительности совершена операция по предоставлению займа, то несмотря на соблюдение всех формальных условий для применения правил

тонкой капитализации необходимо руководствоваться существом совершаемой операции и учитывать проценты в составе расходов. Представляется, что переход от исследования соотношения долга к капиталу к показателю EBITDA, который рекомендован ОЭСР в действии 4 плана BEPS, возможен через судебную практику, а именно в случае признания судом отсутствия чрезмерного объема долговой нагрузки у налогоплательщика ввиду наличия достаточного объема операционной прибыли, несмотря на то, что соотношение долга к собственному капиталу превысило 3:1. Потенциально возможно доказать невыполнение второго условия применения правил тонкой капитализации (превышение установленного соотношения долга к капиталу) в судебном порядке (по аналогии с доказыванием в деле «Мега-Инвест» невыполнения первого условия применения правил тонкой капитализации – наличия иностранного взаимозависимого лица). Кроме того, антиуклонительные меры в России развиваются вслед за международным опытом, по этой причине возможно предположить, что дальнейшее развитие правил тонкой капитализации может пойти по пути отказа от исследования соотношения долга к капиталу и перехода к показателю EBITDA, который рекомендован ОЭСР как наиболее отвечающий современным рыночным условиям. Исходя из того, что изменения, которые были внесены в статью 269 НК РФ и начали действовать с 01.01.2017<sup>20</sup>, являлись законодательным закреплением уже выработанных судебной практикой подходов (в частности, в отношении расширения понятия контролируемой задолженности в судебной практике, в отношении применения правил тонкой капитализации между двумя российскими организациями и др.), возможен переход к показателю EBITDA именно через судебную практику.

Следующим вопросом, возникающим в правоприменительной практике, является возможность применения общей антиуклонительной нормы в ситуациях, описанных специальными нормами. Несмотря на то, что есть специальная норма о переквалификации займов во вклад и процентов в дивиденды, возможно ли такую переквалифика-

<sup>20</sup> Федеральный закон от 15.02.2016 N 25-ФЗ «О внесении изменений в статью 269 части второй Налогового кодекса Российской Федерации в части определения понятия контролируемой задолженности» // Собрание законодательства РФ. – 2016. – N 7. Ст. 913.

цию провести в рамках общей нормы о запрете искажения хозяйственных операций (была искажена форма предоставления финансирования)?

В деле «Мега-Инвест» ВС РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой правила тонкой капитализации не исчерпывают собой те случаи, когда вычет процентов может быть оспорен. Так, ВС РФ указал: «В отсутствие оснований для применения пункта 2 статьи 269 Налогового кодекса не исключается возможность оспаривания налоговыми органами обоснованности налоговой выгоды, полученной в результате уменьшения налоговой базы на проценты, начисленные по долговым обязательствам между российскими организациями, если совокупность представленных доказательств позволяет утверждать об учете налогоплательщиком операций не в соответствии с их действительным экономическим смыслом, отсутствии экономических или иных причин (целей делового характера) в привлечении долгового финансирования вместо корпоративного (увеличения уставного капитала или внесения вкладов в имущество)». Таким образом, в ситуации внутрироссийской контролируемой задолженности (в рассматриваемом деле через раскрытие фактического получателя дохода налогоплательщик доказал, что заем был внутрироссийским, т.е. вывода налоговой базы за пределы РФ не произошло) возможно провести дисквалификацию процентов в рамках общей антиуклонительной меры. В случае займа между двумя российскими организациями не нужно проводить перекалфикацию, потому как проценты будут обложены в составе прибыли российской компании-займодавца.

Интересно, что в Определении ВС РФ от 18.03.2016 по делу № А40-87775/14<sup>21</sup> для дисквалификации процентов ВС РФ применил не общую антиуклонительную меру, а правила тонкой капитализации, но только в части ограничения

вычета процентов. Так, ВС РФ указал, что если контролируемая задолженность возникла между двумя российскими организациями (пп. 2 п. 2 статьи 269 НК РФ) и при этом вывода налоговой базы за пределы территории РФ не произошло, то из двух названных последствий применяется только первое: отказ в вычете «избыточной» части процентов, второе последствие – перекалфикация процентов в дивиденды – не применимо, а выплаченные по займу проценты облагаются в составе прибыли российской организации займодавца. Получается, что правила тонкой капитализации в РФ, исходя из Определения ВС РФ от 18.03.2016 по делу № А40-87775/14, могут существовать «в двух формах»:

1. в виде отказа в вычете процентов без перекалфикации (последствие non-deductibility) – для ситуаций внутрироссийских контролируемых займов;
2. в виде двух последствий сразу – в случае иностранного контролируемого займа.

В обоих рассматриваемых определениях ВС РФ происходит дисквалификация избыточной части процентов в условиях внутрироссийских контролируемых займов. Более правильным решением представляется проводить дисквалификацию в рамках общей антиуклонительной меры, а не путем применения правил тонкой капитализации в части одного последствия (отказа в вычете процентов). Это объясняется целью правил тонкой капитализации, на которую указывает ОЭСР – противодействие выводу налоговой базы за пределы территории конкретной юрисдикции или интегрированного союза юрисдикций. Если применять правила тонкой капитализации между двумя российскими компаниями в отсутствие вывода налоговой базы за пределы РФ, то возникает вопрос – на что направлены в данном случае правила тонкой капитализации? Какому злоупотреблению они противодействуют в отсутствие вывода налоговой базы?

## ПРАВИЛА ТОНКОЙ КАПИТАЛИЗАЦИИ НЕ ИСЧЕРПЫВАЮТ СОБОЙ ТЕ СЛУЧАИ, КОГДА ВЫЧЕТ ПРОЦЕНТОВ МОЖЕТ БЫТЬ ОСПОРЕН

<sup>19</sup> URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/a9357272-6987-4f94-94b3-10952c929443/191848ea-3ae1-45a6-9854-61b6602a6989/A40-87775-2014\\_20160318\\_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/a9357272-6987-4f94-94b3-10952c929443/191848ea-3ae1-45a6-9854-61b6602a6989/A40-87775-2014_20160318_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True). (дата обращения: 10.01.2022).

В результате проведенного анализа право-применительной практики по правилам тонкой капитализации можно сделать вывод, что формальное выполнение условий применения антиуклонительной меры не должно влечь отрицательных последствий, предусмотренных ею, если

налогоплательщик не преследовал цели уклонения от уплаты налогов. Таким образом, для применения антиуклонительной меры необходимо установить не только выполнение формальных условий, но и выполнение цели антиуклонительной меры.



## БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

### Научные источники:

1. Blouin, Jennifer, Harry Huizinga, Luc Laeven (2014). Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure. IMF Working Paper 14/ 1.
2. Schön, Wolfgang et al (2014). Debt and Equity in Domestic and International Tax Law— A Comparative Policy Analysis. British Tax Review 2, 146– 217.
3. Merlo, V., and G. Wamser (2014). Debt Shifting and Thin-Capitalization Rules. CESifo Dice Report. N. 4/2014.
4. OECD (2017). Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Paris. 214 p.
5. Desai Mihir A. and Dhammika Dharmapala. Interest Deductions in a Multijurisdictional World. 68 National Tax Journal 653 (2015).
6. Asa Johansson (2016). Anti-avoidance rules against international tax planning: a classification. OECD Economic departments working papers. N 1356. OECD Publishing. 17 p.

### Нормативно-правовые акты:

7. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 N 117-ФЗ (ред. от 29.11.2021) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) // Собрание законодательства РФ. – 2000. – N 32. Ст. 3340.
8. Федеральный закон от 15.02.2016 N 25-ФЗ «О внесении изменений в статью 269 части второй Налогового кодекса Российской Федерации в части определения понятия контролируемой задолженности» // Собрание законодательства РФ. – 2016. – N 7. Ст. 913.

### Судебная практика:

9. Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с применением отдельных положений раздела V.1 и статьи 269 Налогового кодекса Российской Федерации (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.02.2017) // Бюллетень Верховного Суда РФ. Сентябрь, 2017. N 9.
10. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14.09.2020 по делу № А60-29234/2019 URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/05076c01-2c2a-43b4-8573-966b1e0295fa/ce564ffd-b3eb-4d05-bb9f-3bbb73c229b2/A60-29234-2019\\_20200914\\_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/05076c01-2c2a-43b4-8573-966b1e0295fa/ce564ffd-b3eb-4d05-bb9f-3bbb73c229b2/A60-29234-2019_20200914_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True). (дата обращения: 10.01.2022).
11. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 18.03.2016 по делу № А40-87775/14. URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/a9357272-6987-4f94-94b3-10952c929443/191848ea-3ae1-45a6-9854-61b6602a6989/A40-87775-2014\\_20160318\\_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/a9357272-6987-4f94-94b3-10952c929443/191848ea-3ae1-45a6-9854-61b6602a6989/A40-87775-2014_20160318_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True). (дата обращения: 10.01.2022).
12. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 12.12.2017 по делу №А09-429/2017. URL: [https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ad0eb77-ebf5-4bd8-8479-6db73fefab44/20d591dd-e3a9-432e-a85d-5acef5d96b21/A09-429-2017\\_20171212\\_Reshenija\\_i\\_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True](https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/1ad0eb77-ebf5-4bd8-8479-6db73fefab44/20d591dd-e3a9-432e-a85d-5acef5d96b21/A09-429-2017_20171212_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True). (дата обращения: 10.01.2022).
13. Spain - Case 5871/2006. 17 March 2011 (Summary)//IBFD.



УДК 342.8



**Соколова Алина Сергеевна**  
([alisokolova@bk.ru](mailto:alisokolova@bk.ru))

Магистрант 2 года обучения юридического  
института Самарского национального  
исследовательского университета

**Научный руководитель:**  
Волков Владислав Эдуардович

**Alina Sokolova**

2nd year Master's student  
of Law Institute  
Samara National Research  
University

**Academic supervisor:**  
Vladislav Volkov

## ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ЭЛЕКТРОННОГО ГОЛОСОВАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

## PROBLEMS OF DEVELOPMENT OF ELECTRONIC VOTING IN THE RUSSIAN FEDERATION AND FOREIGN COUNTRIES

**АННОТАЦИЯ:** В статье анализируется текущее состояние института электронного голосования в Российской Федерации и зарубежных странах. Проанализирована текущая законодательная база, направленная на регулирование данного института. Актуальность темы подтверждается трендом на повсеместную цифровизацию общества и государства.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:**

*избирательное право,  
электронное голосование,  
цифровизация,  
избирательная система,  
блокчейн.*

**ANNOTATION:** The article analyzes the current state of the institution of electronic voting in the Russian Federation and foreign countries. It analyzes the current legislative framework aimed at regulating this institution. The relevance of the topic is confirmed by the trend towards the widespread digitalization of society and the state.

**KEYWORDS:** *electoral law,  
electronic voting, digitalization,  
electoral system, blockchain.*

**Н**овые технологии стали неотъемлемой частью жизни современного общества. Такой институт демократического общества, как выборы, не становится исключением. Опыт применения передовых технологий для автоматизации процессов голосования уже используется во многих странах мира. Такой элемент современного общества, как электронная демократия, должен использоваться в целях создания социально ориентированной системы осуществления власти. На сегодняшний день электронное голосование представляется актуальной областью избирательного процесса. Во-первых, это обусловлено тем, что текущий уровень технологического прогресса позволяет наиболее эффективным образом организовать процедуру электронного голосования. Во-вторых, данный опыт уже используется во многих странах мира.

Использование информационных технологий в государственном и частном секторе склоняет правительства стран мира к активному внедрению и развитию электронного голосования. В литературе выделяют категории стран по уровню использования и функционирования электронных форм избирательного процесса<sup>1</sup>. К первой группе традиционно относят государства, которые не используют формы электронного голосования в силу недостаточной технологической разработанности или отсутствия возможности обеспечить кибербезопасность на требуемом уровне. Вторая группа включает в себя государства, которые способны использовать формы электронного голосования исключительно на избирательном участке. Государства, которые активно используют интернет-голосование и видят в них перспективу, относятся к третьей группе.

<sup>1</sup> Burmester, M., Magkos E.: Towards Secure and Practical E-elections in the New Era, Secure Electronic Voting (Ed. Gritzalis, D.A.), Boston: Kluwer Boston, 2004, P.63-76.

Исследователи выделяют ряд факторов, которые способствуют стимулированию интереса к технологиям электронного голосования. Во-первых, обращают внимание на показатель участия избирателей в выборах. Гораздо меньший интерес к интернет-формам избирательного процесса проявляют те страны, где электоральная активность на избирательных участках высокая. В государствах с низкими показателями явки избирателей отмечается большая заинтересованность. Во-вторых, к значимым факторам относят систематичность проведения выборов и уровень сложности системы подсчета голосов<sup>2</sup>.

Стоит также отметить, что на данный момент реализованы две модели электронного голосования: локализованная и удаленная. При использовании локализованной системы избиратели голосуют посредством использования электронного оборудования на избирательном участке. Удаленная модель представляет собой способ отправки голоса дистанционно через сеть Интернет.

Эстония – одна из стран, которая имеет подробную правовую регламентацию процедур электронного голосования.

Электронные технологии действуют на основе централизованного законодательного регулирования. Эстония была первым государством, которое использовало формы электронного избирательного процесса на республиканских выборах. Интернет-голосование активно используется на выборах в высший представительный и законодательный орган власти – Рийгикогу. В соответствии со статьей 44 Закона «О выборах в Рийгикогу»: «Избиратель, имеющий сертификат электронно-цифровой подписи, может в указанные дни голосовать электронным способом через сайт Республиканской избирательной комиссии»<sup>3</sup>. Стоит отметить, что личность удостоверяется избирателем на основании его электронно-цифровой подписи, правовое регулирование которой закреплено в Законе Эстонской Республики «Об электронно-цифровой подписи»<sup>4</sup>. Электронный порядок голосования также предусмотрен на выборах в Европейский парламент и органы местного самоуправления.

**НА СЕГОДНЯШНИЙ ДЕНЬ  
ЭЛЕКТРОННОЕ ГОЛОСОВАНИЕ  
ПРЕДСТАВЛЯЕТСЯ АКТУАЛЬНОЙ  
ОБЛАСТЬЮ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО  
ПРОЦЕССА. ВО-ПЕРВЫХ, ЭТО  
ОБУСЛОВЛЕНО ТЕМ, ЧТО ТЕКУЩИЙ  
УРОВЕНЬ ТЕХНОЛОГИЧЕСКОГО  
ПРОГРЕССА ПОЗВОЛЯЕТ НАИБОЛЕЕ  
ЭФФЕКТИВНЫМ ОБРАЗОМ  
ОРГАНИЗОВАТЬ ПРОЦЕДУРУ  
ЭЛЕКТРОННОГО ГОЛОСОВАНИЯ.  
ВО-ВТОРЫХ, ДАННЫЙ ОПЫТ  
УЖЕ ИСПОЛЬЗУЕТСЯ ВО МНОГИХ  
СТРАНАХ МИРА**

Организация электронного голосования в Эстонии возложена на Государственную службу по организации выборов и Департамент государственных информационных систем. Механизм электронного голосования подробно закреплен в Регламенте электронного голосования в Эстонской Республике. Весь процесс электронного голосования основан на применении идентификационной карты с данными владельца. Избиратель может проголосовать, используя электронную форму круглосуточно в установленные дни. Приложение избирателя на основе электронной карты и ID-пользователя автоматически определяет наличие у избирателя права отдать свой голос. Подтверждение голоса избирателя осуществляется на основании электронно-цифровой подписи. При этом согласно статье 3 Закона Эстонской Республики «Об электронно-цифровой подписи» такая подпись имеет аналогичные последствия собственноручной подписи. Далее происходит процедура шифрования голоса избирателя на основе криптоалгоритма. Примечательным в данной связи является возможность избирателя изменить свой голос. В таком случае валидируется только последний отданный голос. Отдельного внимания также заслуживает процедура

<sup>2</sup> Auer A./Treichsel A. (Research and Documentation Centre on Direct Democracy, C2D): Voter par Internet? Le projet e-voting dans le canton de Geneve dans une perspective socio-politique et juridique de l'introduction du e-voting dans le canton de Geneve. Geneva, Novembre 2001, P. 54.

<sup>3</sup> Закон Эстонской Республики от 12.06.2002 (ред. от 14.06.2007) «О выборах в Рийгикогу» (объявлен президентом Эстонской Республики 01.07.2002).

<sup>4</sup> Закон Эстонской Республики от 08.03.2000 (ред. от 15.02.2007) «Об электронно-цифровой подписи» (объявлен президентом Эстонской Республики 23.03.2000).

определения результатов. Так, личные данные, зафиксированные на основе электронно-цифровой подписи, отделяются от голосов, которые впоследствии включают в себя только регистрационный номер кандидата и идентификатор выборов. После подсчета голосов результаты электронного голосования вносятся в информационную систему выборов.

Говоря об эффективности такой формы электронного голосования в Эстонской Республике, стоит указать на результаты последних парламентских выборов, завершившихся 27 февраля 2019 года. По данным Республиканской избирательной комиссии Эстонии в досрочном электронном голосовании приняли участие 247 тысячи 232 избирателя. Таким образом, Эстония побила свой собственный рекорд в области электронного голосования – каждый четвертый избиратель голосовал посредством Интернет-сайта<sup>5</sup>.

Эстонская модель электронного голосования доказала свою эффективность. К факторам прогрессивности можно отнести централизованное правовое регулирование и детальную регламентацию всех электронных избирательных процессов, а также использование современных крипто-технологий, позволяющих шифровать голоса избирателей.

Впервые система удаленного голосования была практически реализована на общегосударственном уровне в 2007 году на парламентских выборах. На тот момент данной формой воспользовались более 30000 избирателей, что составило 5,5% от общего числа избирателей. Гражданам также была предоставлена возможность отдать свой голос несколько раз, однако засчитывался только последний<sup>6</sup>. Данный опыт стал положительным и во многом задал вектор развития такой формы избирательного процесса. Миссия Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ/ОБСЕ) подтвердила прозрачность функционирования электронной системы, а также соответствие процедуры международным

стандартам<sup>7</sup>. Несмотря на то, что случаи злоупотреблений зафиксированы не были, наблюдатели отметили высокий риск уязвимости персональных данных избирателей, а также усмотрели простор для манипуляций со стороны политических сил.

Следующие выборы в форме электронного голосования состоялись в Эстонии в 2009 году в Европейский парламент и местные органы власти. Число избирателей, воспользовавшихся передовыми технологиями при фиксации своего голоса, возросло до 58000 человек, что составило 14,7% от общего числа проголосовавших, серьезных нарушений также зафиксировано не было<sup>8</sup>. Однако организаторы выборов столкнулись с серьезными проблемами при их проведении, которые существенным образом сказались на дальнейшей практике. При подсчете голосов на избирательном участке произошел сбой программного обеспечения, который заставил избирателей усомниться в правильности результатов выборов. Вторая проблема, которая возникла при проведении выборов, – невозможность отследить факт отсутствия давления на избирателя со стороны третьих лиц. Таким образом, эксперты указали на то, что в условиях электронного голосования не представляется возможным проверить тайну голосования.

Качественно новый уровень электронного голосования показали выборы в Рийгикогу, состоявшиеся 1 марта 2015 года. Это был первый случай мировой практики, когда число проголосовавших посредством Интернет-связи оказалось равно половине от числа всех избирателей. Явка составила 64,2%<sup>9</sup>. Новый уровень организации выборов отразился и на положительной динамике роста доверия партий к избирательным комиссиям.

Являясь частью электронной демократии, электронное голосование выступает средством прямого волеизъявления. Введение централизованной системы нормативно-правового регулирования и системы Интернет-голосования позволило Эстонии выйти на качественно новый уровень обеспечения демократии. Так, благодаря

<sup>5</sup> Эстония побила рекорд на выборах через интернет: Электрон. статья. 2019. URL: <https://www.bbc.com/russian/news-47406829> (дата обращения: 10.02.2020).

<sup>6</sup> Электронная статистика голосования // Выборы в Эстонии URL: <https://bit.ly/2uSFGth> (дата обращения: 15.02.2020).

<sup>7</sup> Отчёт Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по оценке парламентских выборов 4 марта 2007 г. в Эстонской Республике. Варшава, 2007.

<sup>8</sup> Организация: наблюдатели за ходом выборов столкнулись с определёнными недочётами комиссий // Союз некоммерческих объединений и целевых обществ Эстонии URL: <https://bit.ly/2KV1OXZ> (дата обращения: 18.02.2020).

<sup>9</sup> Взгляд Эстонии на запад // Konrad-Adenauer-Stiftung URL: <https://bit.ly/2KSVUGu> (дата обращения: 19.02.2020).

**ПОДХОД БЕЛЬГИИ К ОРГАНИЗАЦИИ  
АВТОМАТИЗИРОВАННОГО  
ГОЛОСОВАНИЯ ИМЕЕТ, СКОРЕЕ,  
РЕГРЕССИВНЫЙ ХАРАКТЕР.  
ЭКСПЕРТЫ ОТМЕЧАЮТ  
ОТСУТСТВИЕ ДЕТАЛЬНОЙ  
ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ДЛЯ  
ДАННОГО ВИДА ГОЛОСОВАНИЯ.  
ТАК, В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ  
ОТСУТСТВУЮТ НОРМЫ,  
ЗАКРЕПЛЯЮЩИЕ ПОРЯДОК  
ПОДТВЕРЖДЕНИЯ ЗАЧИСЛЕНИЯ  
ГОЛОСА ЗА СООТВЕТСТВУЮЩУЮ  
КАНДИДАТУРУ**

данным мерам был отмечен рост удовлетворенности демократическими процессами в стране в целом. Пример Эстонии также примечателен в плане повышения уровня электоральной активности. Путем внедрения Интернет-голосования явка избирателей увеличилась более чем в 3 раза за прошедшее десятилетие<sup>10</sup>.

По мнению ряда ученых, концепция реформы электронного голосования в Эстонии также демонстрирует и возможность применения конкретных способов обеспечения безопасности. В качестве примера можно указать на наличие идентификационных карт избирателя и открытых электронных ключей (PKI), используемых для обеспечения прозрачности. Двойная система конвертации на основе асимметричного шифрования обеспечивает защиту от возможной потери данных о полученных голосах избирателя. Положительно оценивается также и возможность отдать свой голос повторно. Согласно официальной позиции Верховного Суда Эстонии, такой подход делает бессмысленным принуждение и подкуп избирателя.

Особенностью избирательной системы Бельгии является наличие обособленного Избира-

тельного кодекса, который содержит детальную правовую регламентацию процесса проведения выборов. Формы электронного избирательного процесса закреплены в Законе Бельгии «Об организации автоматизированного (электронного) голосования»<sup>11</sup>. Отличительной чертой проведения электронного голосования в данном государстве является то, что решение о сертификации программного обеспечения, используемого на выборах, принимается Министерством внутренних дел Бельгии. Также в Бельгии учрежден специальный консультативный орган, именуемый коллегией экспертов, который формируется палатами Парламента.

Первый положительный опыт использования автоматизированных блоков в Бельгии был зарегистрирован в 2007 году, когда 44% избирателей избрали электронный способ голосования. Тогда эксперты отмечали повышение уровня доверия избирателей к новым технологиям<sup>12</sup>.

Комплекс электронного голосования располагается на каждом избирательном участке. Если в Эстонии избиратели могут проголосовать, используя специальную идентификационную карту избирателя, то в Бельгии используются магнито-читаемые карты избирателя. Данные карты представляют собой дисплейные технические средства подсчета голосов, которые используются без бумажного носителя. Общие процедуры голосования закреплены в Избирательном кодексе Бельгии.

Подход Бельгии к организации автоматизированного голосования имеет, скорее, регрессивный характер. Эксперты отмечают отсутствие детальной правовой регламентации для данного вида голосования. Так, в законодательстве отсутствуют нормы, закрепляющие порядок подтверждения зачисления голоса за соответствующую кандидатуру<sup>13</sup>. Данный правовой пробел может использоваться за основу для манипуляций. Законодательство Бельгии также не регламентирует ответственность за нарушения в сертификации и разработке оборудования, используемого для электронного голосования.

<sup>10</sup> M., Solvak, K., Vassil. E-voting in Estonia: Technological Diffusion and Other Developments Over Ten Years (2005–2015), pp. 58, John Skytte politikauringute instituut, Estonian National Electoral Committee, 2016.

<sup>11</sup> Закон «Об организации автоматизированного (электронного) голосования» от 11 апреля 1994 года.

<sup>12</sup> OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report on Kingdom of Belgium Federal Elections 25 May 2014, Warsaw, 2014.

<sup>13</sup> OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Report on Belgium Federal Elections 10 June 2007, Warsaw, 2007.



Опыт Бельгии интересен, прежде всего, использованием автоматизированных технологий для подсчета и обработки голосов. Сами автоматизированные технологии состоят из нескольких частей: специального моноблока с сенсорным дисплеем, оптического пера, а также верификатора смарт-карт. После внесения смарт-карты в автоматизированное оборудование избиратель может подтвердить свой первоначальный голос, либо отменить его и проголосовать заново. После извлечения магнитной смарт-карты изменить или отменить свой выбор нельзя.

Наличие автоматизированной системы свидетельствует о приобщении Бельгии к европейским стандартам и высоком уровне развития технологий, однако миссией ОБСЕ отмечается наличие существенных пробелов в законодательстве, которые тормозят развитие данного способа голосования<sup>14</sup>. В мониторинге избирательного законодательства Бельгии также указано на существующие недостатки. В первую очередь, это касается процедуры зачисления голоса избирателя. Так, констатируется факт, что при отправке

своего волеизъявления избиратель не получал никаких документов, которые подтверждали бы зачисление голосов и разграничение голосов за кандидатов в Палату представителей и Сенат. Вторая проблема касается обеспечения безопасности на избирательном участке. Так, за самим процессом следит крайне небольшая группа экспертов, которая не способна осуществлять надлежащий мониторинг. Код доступа к программному обеспечению выдается только некоторым представителям на избирательном участке, круг которых также законодательно не обозначен. И одна из самых актуальных проблем – отсутствие правовой ответственности за нарушения в разработке и сертификации программного обеспечения и автоматизированного оборудования, используемого на избирательных участках. Так, в 2007 году существенные нарушения были совершены из-за технических неисправностей оборудования. Однако, несмотря на существующие пробелы, экспертное сообщество признает достаточную прогрессивность существующей модели электронного голосования Бельгии. При доработках и устранении

<sup>19</sup> Бельгия: анализ избирательного законодательства в контексте соблюдения общедемократических стандартов и прав человека // Международная мониторинговая организация CIS-Europe Monitoring Organization URL: <https://bit.ly/2reKzbl> (дата обращения: 17.02.2020).

существующих недостатков бельгийский опыт может быть взят за основу другими странами.

В США общегосударственное законодательство не регламентирует единый порядок реализации электронных форм избирательного процесса. Каждый из штатов имеет право самостоятельно определять формы, методы и способы электронного голосования. Замена автоматизированного оборудования для голосования произошла в США в 2000-х годах, когда президентские выборы 2000-го года породили массу споров и критики в отношении подсчета голосов. Тогда был принят федеральный закон, получивший название «Help America Vote Act»<sup>15</sup>. С 2006 года введена законодательная обязанность оборудования избирательных участков системой электронного голосования. В рамках Закона «О выборах» в США был учрежден Национальный центр информационных процедур и ресурсов. Говоря о современном этапе развития данных технологий, следует отметить, что в США на данный момент реализована локализованная модель электронного голосования, при которой избиратели используют автоматизированное оборудование с предустановленным программным обеспечением непосредственно на избирательном участке. Эксперты отмечают наличие пробела в области организации работы и сертификации терминалов для голосования. Так, отсутствуют законодательные определенные принципы и требования к способам организации их работы. Отмечается также, что автоматизированное оборудование производится более чем десятью различными компаниями. Техническая организация, сертификация и процессы реализации электронного голосования находятся вне юрисдикции федерального центра. Об использовании интернет-ресурсов для осуществления волеизъявления впервые заговорили в начале XXI века после принятия Федеральной программы содействия выборам, которая поощряла использование онлайн-процедур для проведения голосования. Однако на сегодняшний день существует ряд факторов, сдерживающих внедрение удаленного способа голосования. К ним относят: недостаточную степень развития способов обе-

**ЭКСПЕРТЫ ВЫСКАЗЫВАЮТ  
ОПАСЕНИЯ ОТНОСИТЕЛЬНО  
НЕНАДЕЖНОСТИ  
АВТОМАТИЗИРОВАННОГО  
ОБОРУДОВАНИЯ, КОТОРОЕ  
ИСПОЛЬЗУЕТСЯ ДЛЯ  
ГОЛОСОВАНИЯ. В СИЛУ ТОГО,  
ЧТО В США ОТСУТСТВУЕТ  
ЦЕНТРАЛИЗОВАННОЕ  
РЕГУЛИРОВАНИЕ, НЕ ВСЕ ШТАТЫ  
ПРОВОДЯТ ТЕСТИРОВАНИЕ  
МАШИН ПЕРЕД ПРОВЕДЕНИЕМ  
ПРОЦЕДУРЫ ГОЛОСОВАНИЯ**

спечения кибербезопасности, наличие большого количества незащищенных проводных и беспроводных сетей, отсутствие надлежащих методов, предоставляющих возможность проверить результаты голосования. Также высказываются опасения относительно того, что наибольший результат могут получить те политические силы, которые заручаются поддержкой более молодого и обеспеченного слоя избирателей, а это может рассматриваться в качестве политически ангажированной инициативы<sup>16</sup>.

Эксперты высказывают опасения относительно ненадежности автоматизированного оборудования, которое используется для голосования. В силу того, что в США отсутствует централизованное регулирование, не все штаты проводят тестирование машин перед проведением процедуры голосования. На последних выборах Президента в 2016 году электронные средства для голосования были использованы в 44 штатах. В 11 штатах автоматизированное оборудование не было сертифицировано и, соответственно, не удовлетворяло международным требованиям. Тогда стал очевиден факт, что существующая система голосования нуждается в пересмотре. Директор Федерального бюро расследований заявил, что существующая система должна быть модернизирована прежде, чем будет применяться повсеместно<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Help America Vote Act of 2002 (Public Law 107-252, October 29, 2002).

<sup>16</sup> Ярыгин Г.О. Электронное и интернет-голосование в избирательном процессе США // США и Канада: экономика, политика, культура. 2017. №9. С. 95-104.

Нормативно-правовое регулирование процедур электронного голосования в Российской Федерации впервые появилось в 2006 году, когда Избирательная комиссия впервые издала свое Постановление от 14.07.2006 №181/1148-4 «Об Инструкции о порядке электронного голосования, подсчета голосов избирателей, участников референдума, установления итогов голосования на избирательном участке, участке референдума, установления итогов голосования и определения результатов выборов, референдума вышестоящими комиссиями»<sup>18</sup>. Данное Постановление установило общие положения и порядок проведения досрочного голосования, а также процедурные особенности работы избирательных комиссий. В 2006 году Российская Федерация также взяла тренд на реализацию локализованного подхода при внедрении процедур электронного голосования. Так, было принято Постановление ЦИК «О Порядке использования комплексов для электронного голосования при голосовании на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации»<sup>19</sup>. Данный акт впервые устанавливал правомерную возможность использования автоматизированного оборудования вместо ящиков для голосования. В 2007 году Постановление утратило силу и было заменено Постановлением ЦИК от 25.09.2007 №31/219-5 «Об Инструкции о порядке использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации»<sup>20</sup>.

Большое значение для практического исследования также имеет Федеральный закон от 10.01.2003 №20-ФЗ «О государственной автоматизированной системе «Выборы»». Однако, ученые полагают, что реализация электронного го-

лосования с использованием данных технологий является почти невозможной, так как отмечается узкий подход к ее функциональному назначению.

Понятие «электронное голосование» получило легальное закрепление в Постановлении ЦИК от 10.03.2011 №249/1602-5 «О временном порядке электронного голосования и использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации». Пунктом 1.3 Постановления электронное голосование определялось через процедуру проведения выборов: «... электронное голосование проводится с применением комплексов для электронного голосования и с использованием электронных бюллетеней – бюллетеней, подготовленных в электронном виде программно-техническими средствами Государственной автоматизированной системой Российской Федерации «Выборы»»<sup>21</sup>. Данный акт также утратил силу на сегодняшний день, Постановление, пришедшее на смену старому акту от 07.09.2011 №31/276-6, которое имеет силу и в настоящий момент, не закрепляет и легально не допускает проведение электронного голосования на референдуме<sup>22</sup>.

Новый этап и современное техническое оснащение начало внедряться на выборах в 2011 году. Тогда в соответствии с Постановлением ЦИК «Об ускоренном техническом оснащении избирательной системы Российской Федерации» была утверждена программа, основной целью которой было совершенствование и внедрение информационной структуры на выборы<sup>23</sup>. Данный документ не только декларировал новые принципы подсчета голосов и обработки информации, но и предусматривал внедрение удаленной системы электронного голосования, которая позволяла бы

<sup>18</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 14.07.2006 № 181/1148-4 (ред. от 21.02.2007) «Об Инструкции о порядке электронного голосования, подсчета голосов избирателей, участников референдума, установления итогов голосования на избирательном участке, участке референдума, установления итогов голосования и определения результатов выборов, референдума вышестоящими комиссиями» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 77–122.

<sup>19</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 14.07.2006 № 181/1152-4 «О Порядке использования комплексов для электронного голосования при голосовании на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 132–135.

<sup>20</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 25.09.2007 № 31/219-5 «Об Инструкции о порядке использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 92–111.

<sup>21</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 10.03.2011 № 249/1602-5 «О временном порядке электронного голосования и использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 2–3, 2011.

<sup>22</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 07.09.2011 № 31/276-6 «О Порядке электронного голосования с использованием комплексов для электронного голосования на выборах, проводимых в Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 13, 2011.

<sup>23</sup> Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 25.05.2011 № 12/133-6 «Об ускоренном техническом перевооружении избирательной системы Российской Федерации». Вестник Центризбиркома РФ, № 8, 2011. С. 190–208.

реализовать свои избирательные права гражданам, у которых нет возможности явиться на избирательный участок.

На сегодняшний день электронное голосование представляет собой «голосование без использования бюллетеня, изготовленного на бумажном носителе, которое предполагает наличие комплекса средств автоматизации ГАС «Выборы». Данное понятие закреплено в статье 2 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»<sup>24</sup>.

8 сентября 2019 года в Российской Федерации были протестированы новые способы электронного голосования на трех избирательных участках Москвы в ходе выборов депутатов в Московскую городскую Думу. Явка на избирательных участках, где была обеспечена возможность электронного голосования, составила 90%. Участие в новой форме избирательного процесса было добровольным и организовано наряду с традиционными формами голосования.

Для того, чтобы принять участие в электронных выборах, было необходимо не позднее чем за три дня отправить заявку через личный кабинет на портале mos.ru для включения в реестр электронных избирателей. Для подачи заявки был установлен временной период – подать ее можно было в промежуток с 24 июля 2019 года по 4 сентября включительно. Таким образом, у избирателей было 45 дней для регистрации на электронном портале. Процесс отправки заявки был организован следующим образом. У граждан также имелось право отозвать свое заявление на участие в дистанционном электронном голосовании в пределах указанного срока. На электронном портале также была реализована уведомительная система, которая оповещала избирателей о реги-

страции и отзыве заявления. В первую очередь, необходимо было авторизоваться в личном кабинете через портал mos.ru, где была размещена интерактивная инструкция по каждому из необходимых шагов. Во время голосования и перехода на форму электронного бюллетеня отправлялся специальный код подтверждения посредством смс-сообщения на номер, который был предварительно указан в личном кабинете. Доступ к системе осуществлялся с помощью персонального компьютера или любого другого электронного устройства, обеспечивающего доступ к сети Интернет. Избиратель мог отдать свой голос по-

средством проставления отметки в квадрате, относящемся к выбранному гражданином кандидату. Обращалось внимание на то, что на голосование отводилось 15 минут. В том случае, если по истечении этого времени бюллетень оставался пустым, избирательное право все равно считалось реализованным. Все персональные данные, вносимые избирателем в систему, подвергались обязательному шифрованию системой, не допуская взаимосвязи между оставленным волеизъяв-

лением и внесенной ранее информацией. Таким образом обеспечивалось соблюдение принципа тайны голосования.

Электронное голосование на выборах депутатов в Московскую городскую Думу было реализовано посредством использования системы, которая обеспечивала возможность обезличивания всех голосов и шифрования информации. Система полностью децентрализована и не имеет единого сервера. Портал mos.ru является единственной государственной информационной системой, реализованной на основе современных технологий, поэтому именно он был выбран для реализации системы электронного голосования.

## СМЫСЛ ЗАПУСКА ПРОГРАММ- АНОНИМИЗАТОРОВ ЗАКЛЮЧАЛСЯ В СОЗДАНИИ АВТОНОМНОЙ СИСТЕМЫ, КОТОРУЮ НЕЛЬЗЯ БЫЛО БЫ КОНТРОЛИРОВАТЬ НИ ПРАВИТЕЛЬСТВУ МОСКВЫ, НИ ДЕПАРТАМЕНТУ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ ГОРОДА МОСКВЫ

<sup>15</sup> Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12.06.2002 № 67-ФЗ (ред. от 18.04.2018)  
// Российская газета – Федеральный выпуск №2974 (0).

В Законе города Москвы «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва» впервые было использовано понятие программно-аппаратного комплекса дистанционного электронного голосования. Они представляют собой «комплекс средств автоматизации, установленный в помещении участковой избирательной комиссии по дистанционному электронному голосованию, предназначенный для проведения дистанционного электронного голосования, автоматизированного подсчета голосов избирателей, установления итогов дистанционного электронного голосования и составления протокола об итогах дистанционного электронного голосования»<sup>25</sup>. В Законе также регламентированы полномочия комиссий в рамках проведения эксперимента по осуществлению дистанционного электронного голосования. Так, именно городская комиссия определяла одномандатные округа, в которых была реализована процедура дистанционного электронного голосования, осуществляла контроль за соблюдением избирательных прав граждан, устанавливала требования к специальному программному обеспечению на портале mos.ru, оборудованию, используемому на избирательных участках, и программно-аппаратному комплексу. Итоги голосования на избирательном участке для дистанционного электронного голосования устанавливала территориальная избирательная комиссия.

Порядок установления итогов дистанционного электронного голосования также закреплен в Законе города Москвы. По истечении отведенного времени на голосование участковая комиссия расшифровывает итоги дистанционного голосования и выводит на панель отображения электронную версию формы протокола об итогах дистанционного голосования. Как было отмечено выше, порядок учета голосов устанавливается Городской комиссией. Для подписания протокола об итогах дистанционного голосования необходимо, чтобы по результатам подсчета не выявилась разница более чем в один процент между

данными ручного подсчета голосов и данными, полученными с использованием программно-аппаратного комплекса. Протокол об итогах голосования подписывается всеми присутствующими членами участковой комиссии. Он изготавливается в двух экземплярах, первый из них совместно со всей избирательной документацией незамедлительно направляется в территориальную избирательную комиссию. Данные об итогах также размещаются в сети Интернет.

Перед непосредственным проведением голосования было организовано тестирование оборудования, в ходе которого сбоев в работе системы выявлено не было. Однако 8 сентября 2019 года произошли нарушения в процессе электронного голосования. Отмечались сбои в работе самого портала, в результате большой явки сервис не справился с большим количеством пользователей, и интернет-страницы избирателей, где размещался электронный бюллетень, не открывались. Вопрос о легитимности результатов проведенных выборов также поднимался и в связи с тем, что в открытом доступе отсутствовала какая-либо информация о сертификации электронного оборудования.

Здесь стоит отметить, что в 2017 году Советом Европы были приняты обновленные рекомендации по проведению электронного голосования. В рамках документа были обновлены требования к техническому оснащению и регламентированы некоторые правовые аспекты. Председатель Центральной избирательной комиссии Элла Памфилова отметила, что в ходе выборов, состоявшихся 8 сентября 2019 года, были соблюдены все регламенты и рекомендации, принятые Советом Европы.

Эксперимент по проведению дистанционного электронного голосования, прошедший в трех избирательных округах, предоставил возможность более чем 11000 избирателей отдать свой голос посредством сети Интернет. В ходе проведения удаленного голосования была решена одна из важнейших стратегических задач для города Москвы – стать центром развивающегося пространства для внедрения современных технологий в государственный сектор. Однако при проведении

<sup>25</sup> Закон г. Москвы от 22 мая 2019 г. № 18 «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва» от 19 мая 2019 года № 18 // Российская газета.

рекламной кампании представители Правительства Москвы при позиционировании новых технологий интернет-голосования заявляли об использовании системы блокчейн. При детальном анализе используемых технологий можно с уверенностью сказать, что они не относятся к выше-названной системе. Создание распределенного реестра данных декларировалось еще при внедрении проекта «Активный гражданин», который представлял собой интернет-площадку для проведения референдумов.

Рассматривая технологию блокчейн, которую стремятся использовать все европейские страны при организации электронного голосования, стоит отметить, что она позволяет создавать цепочку транзакций, внутри которой информация о результатах голосования всегда остается неизменной. Однако у данной технологии есть один важный недостаток – отсутствие гарантий соблюдения тайны голосования. В ходе проведенных 8 сентября 2019 года выборов использовались новые программы-анонимизаторы, которые позволяли обойти вышеуказанную проблему. Смысл запуска таких программ заключался в создании автономной системы, которую нельзя было бы контролировать ни Правительству Москвы, ни Департаменту информационных технологий города Москвы. Таким образом, соответствующие анонимизаторы обезличивали внесенные данные и включали их в систему шифрования. Многоступенчатая система шифрования, которая использовалась на выборах в Московскую городскую Думу, хоть и является более надежной в сравнении с иными используемыми технологиями, однако не позволяет говорить о стопроцентной неуязвимости системы. Это связано, прежде всего, с тем фактом, что она так и остается подвержена распределенным сетевым атакам, например, DDoS-атакам. Преодолеть уязвимости единого центра администрирования позволяет технология блокчейн. Безопасность непрерывной последовательной цепочки информационных блоков позволяют обеспечить криптографические средства, а именно хэш-функции и криптографические подписи. Хэш-функция представляет собой возможность преобразования массива входных данных в битовую строку определенной длины, что является более усовершенствованной технологией шифрования данных. Таким образом,

**КАК В ПРАКТИКЕ, ТАК И В НАУКЕ  
НЕ СУЩЕСТВУЕТ ЕДИНОЙ ОЦЕНКИ  
ЭЛЕКТРОННОГО ИЗБИРАТЕЛЬНОГО  
ПРОЦЕССА. НЕКОТОРЫЕ  
ОТЕЧЕСТВЕННЫЕ ПРАВОВЕДЫ  
ОТМЕЧАЮТ ЗНАЧИТЕЛЬНЫЕ РИСКИ,  
СВЯЗАННЫЕ С РЕАЛИЗАЦИЕЙ  
ЭЛЕКТРОННОГО ГОЛОСОВАНИЯ,  
УКАЗЫВАЯ НА ВОЗМОЖНЫЕ  
ВМЕШАТЕЛЬСТВА  
И НЕВОЗМОЖНОСТЬ ОБЕСПЕЧЕНИЯ  
ТАЙНЫ ГОЛОСОВАНИЯ**

предполагается создание распределенной базы данных без подключения к общему серверу. Вышеупомянутые технологии не могут быть использованы на территории Российской Федерации, так как применение иностранных протоколов шифрования в государстве невозможно.

23 мая 2020 года Президент Российской Федерации Владимир Владимирович Путин подписал три закона, направленные на совершенствование процедуры проведения дистанционного голосования. Таким образом, были приняты следующие законодательные акты: Федеральный закон от 23.05.2020 № 154-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», Федеральный закон от 23 мая 2020 г. № 152-ФЗ «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования в городе федерального значения Москве», Федеральный закон от 23 мая 2020 г. № 151-ФЗ «О продлении на 2020 год эксперимента по голосованию на цифровых избирательных участках на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации седьмого созыва и выборах в органы государственной власти субъектов Российской Федерации». Статья 2 Федерального закона от 23.05.2020 № 154-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» вводит понятие дистанционного голосования. Так, дистанционное электронное голосование – голосование без использования бюллетеня, изготовленного на бумажном носителе, с использованием

специального программного обеспечения. Более того, указанный Федеральный закон предписывает использование Единого портала государственных и муниципальных услуг (функций) для сбора подписей на выборах в органы государственной власти субъектов Российской Федерации, а также расширяет возможности проведения голосования вне помещений для проведения выборов. Однако количество подписей, собранных дистанционно, не должно превышать половину от числа всех подписей, необходимых для регистрации кандидата. Одним из существенных нововведений стало положение о возможности голосования по почте. Так, Федеральный закон гласит: «При проведении выборов в органы государственной власти, органы местного самоуправления, референдума субъекта Российской Федерации, местного референдума в случаях и порядке, которые установлены Центральной избирательной комиссией Российской Федерации, может быть предусмотрена возможность голосования избирателей, участников референдума по почте, а также посредством дистанционного электронного голосования».

С принятием данных федеральных законов Российская Федерация сделала шаг вперед на пути к опыту европейских стран в области организации электронного голосования. В большей части это касается введения цифровых избирательных участков. Так, в соответствии с Федеральным законом «О продлении на 2020 год эксперимента по голосованию на цифровых избирательных участках на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации седьмого созыва и выборах в органы государственной власти субъектов Российской Федерации» для российских избирателей, находящихся в день голосования вне своего места жительства, но в пределах территории своего субъекта Российской Федерации, предполагается возможность реализации избирательного права, в том числе по одномандатному избирательному округу, с помощью цифровых избирательных участков. Воспользоваться цифровыми избирательными участками можно будет уже на грядущих выборах 13 сентября 2020 года.

Цифровые избирательные участки определяются избирательной комиссией субъекта. Для того, чтобы проголосовать с помощью цифровых избирательных участков, избирателям будет необходимо подать заявление через участковые или территориальные избирательные комиссии или многофункциональный центр не ранее чем за 45 дней и не позднее чем за 3 дня до дня голосования. Федеральный закон также предусматривает создание участковой избирательной комиссии цифрового избирательного участка, которая наделяется дополнительными полномочиями, связанными с обеспечением реализации активного избирательного права граждан Российской Федерации. Дополнительная гарантия предусматривается и в целях обеспечения гласности при проведении голосования на цифровом избирательном участке. Так, политическая партия, выдвинувшая зарегистрированного кандидата, имеет право назначить наблюдателей в участковую избирательную комиссию цифрового избирательного участка. Также Центральная избирательная комиссия Российской Федерации предусматривает меры, обеспечивающие возможность оперативного отображения в информационно-телекоммуникационной сети Интернет данных о голосовании на цифровых избирательных участках, передаваемых из участковых избирательных комиссий цифровых избирательных участков в окружные избирательные комиссии, избирательные комиссии субъектов Российской Федерации, а в случаях, предусмотренных законом, – также в территориальные избирательные комиссии<sup>26</sup>.

Развитие информационных технологий во многом определяет общественное и политическое развитие государства. Электронный способ волеизъявления граждан – один из способов осуществления электронной демократии. Технологические решения в избирательном процессе способны повысить интерес избирателей к выборам, привлечь новые категории граждан, а также автоматизировать некоторые процессы, сделав голосование общедоступным. Исходя из сравнительно-правового анализа в мире до сих пор не существует единого подхода как к организации

<sup>25</sup> Федеральный закон «О продлении на 2020 год эксперимента по голосованию на цифровых избирательных участках на дополнительных выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации седьмого созыва и выборах в органы государственной власти субъектов Российской Федерации» от 23 мая 2020 г. № 151-ФЗ // Российская газета.

процедур электронного голосования, так и к их нормативно-правовому регулированию.

Как в практике, так и в науке не существует единой оценки электронного избирательного процесса. Некоторые отечественные правоведы отмечают значительные риски, связанные с реализацией электронного голосования, указывая на возможные вмешательства и невозможность обеспечения тайны голосования<sup>27</sup>. Однако большинство ученых все же сходятся во мнении, что за электронным голосованием стоит будущее и его повсеместное применение неизбежно. Вопрос кибербезопасности – один из центральных в современной избирательной практике. Именно поэтому сейчас в Европе большое внимание уделяется именно тестированию электронных систем. Я.В. Антонов отмечает, что «в российской и зарубежной избирательной демократической практике до настоящего времени не существует во всех отношениях оптимальных технических и технологических решений электронного голосования. Этот факт объясняет постоянные эксперименты и с внедрением электронного голосования, ведущиеся как в российской, так и в зарубежных избирательных системах»<sup>28</sup>. Также отмечается, что европейские технологические решения в области электронного голосования перед их совершенствованием сначала проходят пилотные тестирования.

Первоочередная перспектива развития электронного голосования – внедрение системы блокчейн. Некоторые страны уже успешно тестируют данную возможность. Как уже было указано выше, технология блокчейн представляет собой технологию распределенного реестра. При добавлении нового блока информация записывается уже на существующие блоки, а на него дублируется раннее записанная информация. Таким образом, одним из преимуществ данной системы является тот факт, что данные содержатся не на общем сервере, а распределены между несколькими устройствами. Безопасность обеспечивается посредством невозможности внести изменения исключительно в один блок, не затронув другие.

## **В КАЧЕСТВЕ ПЕРСПЕКТИВНЫХ ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ РЕШЕНИЙ ТАКЖЕ ПРИВОДИТСЯ В ПРИМЕР ТЕХНОЛОГИЯ ОКРАШЕННЫХ МОНЕТ. ВЫБОРЫ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ДАННОЙ ПРОЦЕДУРЫ ПОДРАЗУМЕВАЮТ АКТИВНЫЕ ДЕЙСТВИЯ СО СТОРОНЫ ИЗБИРАТЕЛЬНОЙ КОМИССИИ, КОТОРЫЕ ЗАКЛЮЧАЮТСЯ В ПЕРЕЧИСЛЕНИИ ГРАЖДАН СПЕЦИАЛЬНЫХ «ОКРАШЕННЫХ» МОНЕТ НА ВИРТУАЛЬНЫЙ СЧЕТ**

Технология блокчейн в избирательном процессе предоставляет возможность создать такую форму голосования, при которой будут соблюдены все принципы избирательного процесса и обеспечена кибербезопасность. Развитие данных технологических решений впоследствии позволит использовать их не только в избирательном процессе, но и в других областях избирательной системы.

В качестве перспективных технологических решений также приводится в пример технология окрашенных монет. Выборы с использованием данной процедуры подразумевают активные действия со стороны избирательной комиссии, которые заключаются в перечислении гражданам специальных «окрашенных» монет на виртуальный счет. Данная технология предполагает привязку определенной криптовалюты к конкретным активам. Избиратели переводят такие монеты на счет, связанный с определенным кандидатом. Таким образом, посредством совершения этих действий граждане принимают участие в голосовании. Победитель выбирается после сверки счетов всех кандидатов. Так, используя данную технологию блокчейн, каждый избиратель сможет отследить путь своего голоса.

Еще одно технологическое решение, используемое в связке с системой блокчейн, –

<sup>27</sup> Савченко М. С. Правовое регулирование и практика электронного голосования в зарубежных странах // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. – 2016. – №117 (03). – С. 1–13.

<sup>28</sup> Антонов Я. В. Развитие правового регулирования электронного голосования в России // Управленческое консультирование. – 2015. – №5. – С. 63–71.

протокол слепой подписи. Данный протокол позволяет обеспечить соблюдение принципа тайны голосования. Избиратель, оставаясь анонимным для государственных органов и избирательных комиссий, имеет возможность идентифицировать свою личность посредством проставления электронно-цифровой подписи. Далее система сама способна зашифровать всю введенную информацию, распределить по соответствующим блокам и обработать голос.

Неотъемлемой частью процедуры электронного голосования является применение программ-анонимайзеров. Похожие технологии уже использовались на выборах депутатов в Московскую городскую Думу в 2019 году. Избиратели проходят идентификацию личности с помощью интернет-сайта или специального приложения.

На данный момент данные технологии необходимо тестировать перед их внедрением. Так, на сегодняшний день ни одни выборы не были полноценно проведены с использованием технологии блокчейн. Однако некоторые страны уже протестировали данную возможность. Первые в мире выборы с использованием блокчейна прошли 7 марта 2018 года в Сьерра-Леоне. Национальная выборная комиссия совместно с государственным старта-центром Agora разработали специальную систему, функционирующую на технологии блокчейн. Представители национальной выборной комиссии обосновали использование данной процедуры заметным снижением расходов государственного бюджета. Так, снизить затраты удалось за счет отсутствия необходимости печати бланков для голосования<sup>29</sup>.

Еще одним примером применения технологии блокчейн стали муниципальные выборы в швейцарском городе Цуге<sup>30</sup>. В 2018 году компания Luxoft объявила о создании новой системы честных выборов, функционирующей на базе блокчейн. Платформу, разработанную при поддержке Университета прикладных наук Люцерн Lucerne University of Applied Sciences и властей, протестировали в швейцарском городе Цуг. При тестировании данной системы избирателям не-

обходимо было проголосовать за один из способов проведения муниципальных мероприятий. Эксперимент был признан удачным, так, согласно данным независимой оценки применение технологии блокчейн делает невозможной фальсификацию данных, обеспечивает прозрачность голосования, а также вызывает интерес со стороны избирателей к диджитал-услугам. При проведении голосования использовался цифровой ID идентификатор избирателя, а также открытый исходный код, который позволял избирателям отслеживать свой голос.

В качестве перспективных направлений развития электронного голосования выделяются проекты, разрабатываемые Великобританией и Северной Ирландией. Так, передовые идеи гражданского общества воплощены в проектах – Democracy Earth<sup>31</sup> и Backfeed. Подробнее необходимо остановиться на первом проекте, так как именно он призван воплотить важнейшие конституционные ценности в жизнь с использованием электронных технологий. Аргентинский активист Сантьяго Сири разрабатывает блокчейн-платформу Sovereign, которая позволит посредством приобретения политической криптовалюты оставить свой голос практически по любому вопросу – от волеизъявления на выборах Президента до голосования на референдуме. Все голоса будут собираться в распределенном реестре, а органы власти и избирательные комиссии не будут иметь доступа к ним. Интересным нововведением будет выступать смарт-контракт, тезисы которого будут вступать в силу после голосования автоматически. В мире данный феномен получил название «жидкой демократии», так как для того, чтобы отдать свой голос, необходимо первоначально пройти многоступенчатую систему идентификации. Несмотря на преимущества данной системы, указывается на недопустимость покупки права на голосование. Эксперты также указывают на то, что отсутствие государственного контроля может привести к тому, что избиратели впоследствии смогут продавать токены, необходимые для волеизъявления, и спекулировать ими. Однако

<sup>29</sup> В Сьерра-Леоне прошли блокчейн-выборы президента // nplus1.ru. URL: <https://nplus1.ru/news/2018/03/15/votes> (дата обращения: 26.03.2020).

<sup>30</sup> Luxoft создала для Швейцарии систему честных выборов на блокчейне // tadviser.ru. URL: <https://is.gd/fn2qj5> (дата обращения: 26.03.2020).

<sup>31</sup> Democracy for the Information Age. //democracy.earth. URL: <https://democracy.earth/> (дата обращения: 26.03.2020).

обращается внимание на то, что идея голосования со смартфона или персонального компьютера является перспективной и требует развития.

Одной из проблем, требующих решения для дальнейшего развития электронного голосования, является прямая зависимость избирательных комиссий от внешних факторов, таких как система электропитания, необходимость квалифицированно-го обучения для персонала, а также недоработки программного обеспечения.

В мировом сообществе по-разному оцениваются перспективы использования систем электронного голосования. Так, в Швейцарии видят полную замену традиционных способов голосования электронными процедурами. Это объясняется тем, что именно в этом государстве системы блокчейн получили стремительное развитие. Государственные органы ведут активную работу по автоматизации всех используемых систем. Власти уверены, что подобный подход позволит поднять электоральную активность, обеспечить безопасность голосования и в полной мере соблюсти все принципы избирательного процесса. В планах Швейцарского правительства к 2030 году перевести все уровни

выборов Швейцарской Конфедерации исключительно на электронные платформы, полностью заменив традиционный бумажный избирательный процесс. Из ближайших целей выделяется совершенствование нормативно-правовой базы для более эффективного взаимодействия информационных и правовых систем. Однако не все

страны готовы к отказу от традиционной системы голосования. Так, во Франции в связи с отсутствием безопасных технологических решений решили на неопределенное количество времени приостановить тестирование электронных систем.

Непрерывность научно-технического прогресса позволяет эволюционировать и процедурам электронного голосования. Одной из важнейших перспектив является использование технологии блокчейн

для проведения выбора всех уровней, что позволит обеспечить максимальную прозрачность всем уровням выборов. При успешной реализации зарубежного опыта и внедрения систем безопасности электронное голосование способно стать отправной точкой для развития элементов электронной демократии.

**В МИРОВОМ СООБЩЕСТВЕ  
ПО-РАЗНОМУ ОЦЕНИВАЮТСЯ  
ПЕРСПЕКТИВЫ  
ИСПОЛЬЗОВАНИЯ  
СИСТЕМ ЭЛЕКТРОННОГО  
ГОЛОСОВАНИЯ.  
ТАК, В ШВЕЙЦАРИИ  
ВИДЯТ ПОЛНУЮ ЗАМЕНУ  
ТРАДИЦИОННЫХ  
СПОСОБОВ ГОЛОСОВАНИЯ  
ЭЛЕКТРОННЫМИ  
ПРОЦЕДУРАМИ**



#### **БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК**

1. Авдеев, Д. А. Демократическая иллюзия участия народа в формировании органов публичной власти в России / Д. А. Авдеев // Правовая политика и правовая жизнь. — 2011. — № 4. — С. 23—31.
2. Акимова, Г. П., Попов, А. К., Соловьев, А. В. Аналитическое исследование систем для электронного голосования / Г. П. Акимова, А. К. Попов, А. В. Соловьев // Труды ИСА РАН, 2007. — Т. 29. — С. 123—138.
3. Антонов Я. В. Развитие правового регулирования электронного голосования в России // Управленческое консультирование. — 2015. — №5.
4. Бобров, А. М. Еще раз к вопросу об определении понятий «электронная демократия» и «электронное правительство» / А. М. Бобров // Вестник Российского университета дружбы народов. — Серия : Политология. — 2009. — № 2. — С. 26—36.
5. Богдан, Ю. И., Веселая, О. О. Анализ существующих систем голосования / Ю. И. Богдан, О. О. Веселая // Восточно-европейский журнал передовых технологий. — 2011. — Т. 1. — № 2 (49). — С. 33—37.
6. Кадлец В. А. Обзор применения Интернет-голосования в Эстонии // Международный научно-исследовательский журнал. — 2015. — №7 (38).

7. Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании от 12 декабря 1993 г.): по состоянию на 04 апреля 2020 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2009. — № 4.
8. Всеобщая Декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948) // Российская газета. — 1995. — № 67. — 5 апреля.
9. Декларации стамбульской встречи на высшем уровне 1999 г. [Электронный ресурс]. — Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» — (дата обращения: 21.03.2020).
10. Конвенция о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах — участниках Содружества Независимых Государств от 7 октября 2002 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2005. — № 48. — Ст. 4971.
11. Окинавская Хартия глобального информационного общества (Принята на о. Окинава 22.07.2000). — Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» — (дата обращения: 21.03.2020).
12. Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ) от 29 июня 1990 г. [Электронный ресурс]. — Доступ из справочно-правовой системы «КонсультантПлюс». — (дата обращения: 21.02.2020).
13. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Code of good practice in electoral matters CDL-AD (2002) 23 (Adopted by the Venice Commission at its 51st and 52nd sessions (Venice, 5-6 July and 18-19 October 2002) [Электронный ресурс]. — URL: <http://www.e-democracy.md/files/elections/local2007/venetia-good-practice-en.pdf>. 33 p. — (дата обращения: 02.04.2020).
14. Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12.06.2002 № 67-ФЗ (ред. от 18.04.2018) // Российская газета — Федеральный выпуск №2974 (0).
15. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 14.07.2006 № 181/1148-4 (ред. от 21.02.2007) «Об Инструкции о порядке электронного голосования, подсчёта голосов избирателей, участников референдума, установления итогов голосования на избирательном участке, участке референдума, установления итогов голосования и определения результатов выборов, референдума вышестоящими комиссиями» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 77–122.
16. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 14.07.2006 № 181/1152-4 «О Порядке использования комплексов для электронного голосования при голосовании на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 132–135.
17. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 25.09.2007 № 31/219-5 «Об Инструкции о порядке использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 7, 2006. С. 92–111.
18. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 10.03.2011 № 249/1602-5 «О временном порядке электронного голосования и использования комплексов для электронного голосования на выборах и референдумах, проводимых на территории Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 2–3, 2011
19. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 07.09.2011 № 31/276-6 «О Порядке электронного голосования с использованием комплексов для электронного голосования на выборах, проводимых в Российской Федерации» // Вестник Центризбиркома РФ, № 13, 2011.
20. Постановление Центральной избирательной комиссии Российской Федерации от 25.05.2011 № 12/133-6 «Об ускоренном техническом переоснащении избирательной системы Российской Федерации». Вестник Центризбиркома РФ, № 8, 2011. С. 190–208.
21. Рекомендации R (2004) 11 Комитета Министров Совета Европы по правовым, организационным и техническим стандартам электронного голосования (приняты Комитетом Министров 30 сентября 2004 г. на 898-ом заседании) [Электронный ресурс]. — URL: <http://idemocracy.ru/projects/стандарты/45-e-voting-rec2004-11.html> — (дата обращения: 02.04.2020).
22. Федеральный конституционный закон «О референдуме» от 28.06.2004 г. №5-ФКЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. Принят Государственной Думой 28 июня 2004 г. г. № 2004. — № 25. — Ст. 2954.
23. Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 22.05.2002 г. №67-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2002. — № 24. — Ст. 2253.
24. Федеральный закон «О выборах Президента Российской Федерации» от 10.01.2003 №19-ФЗ// Собрание законодательства Российской Федерации. — 2003.— № 2. — Ст. 171.
25. Федеральный закон «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации «Выборы» от 10.01.2003 №20-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2003. — № 2. — Ст. 172.
26. Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» от 22.02.2014 №20-ФЗ

- // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2014. — № 8. — Ст. 740.
27. Федеральный закон «О Государственной автоматизированной информационной системе «ЭРА-ГЛОНАСС» от 28.12.2013 №395-ФЗ// Собрание законодательства Российской Федерации. — 2013. — № 52 (часть 1). — Ст. 6960.
  28. Федеральный закон «О проведении эксперимента по организации и осуществлению дистанционного электронного голосования на выборах депутатов Московской городской Думы седьмого созыва» от 29 мая 2019 г. № 103-ФЗ // Российская газета – 2019. — Федеральный выпуск № 117(7875)
  29. Указ Президента Российской Федерации О разработке и создании государственной автоматизированной системы Российской Федерации «Выборы» от 23 августа 1994 г. № 1723 // Собрание законодательства Российской Федерации. — 1994. — № 18. — Ст. 1723
  30. Постановление Правительства Российской Федерации «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011 — 2020 годы)» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2014. — № 18 (часть II). — Ст. 2159.
  31. Закон Эстонской Республики от 27.03.2002 (ред. от 14.06.2007) «О выборах в органы местного самоуправления» (объявлен президентом Эстонской Республики 17.04.2002).
  32. Закон Эстонской Республики от 08.03.2000 (ред. от 15.02.2007) «Об электронно-цифровой подписи» (объявлен президентом Эстонской Республики 23.03.2000).
  33. Закон Эстонской Республики от 12.06.2002 (ред. от 14.06.2007) «О выборах в Рийгикогу» (объявлен президентом Эстонской Республики 01.07.2002).
  34. Закон Эстонской Республики от 18.12.2002 (ред. от 16.11.2006) «О выборах в Европейский парламент» (объявлен президентом Эстонской Республики 06.01.2003).
  35. Закон Эстонской Республики от 13.03.2004 (ред. от 14.06.2007) «О референдуме (всенародном голосовании)» (объявлен президентом Эстонской Республики 21.03.2004).
  36. The National Voter Registration Act of 1993 (NVRA) (52 U.S.C. §§ 20501–20511, May 20, 1993).
  37. Representation of the People Act (the Election Act) (Act No. 57 of 28 June 2002 relating to parliamentary and local government elections).
  38. Help America Vote Act of 2002 (Public Law 107-252, October 29, 2002).
  39. E-voting Standards (November 2002). Document prepared by the United Kingdom. IP1 (2002) 23 Strasbourg, 28 October 2002.
  40. Regulations relating to parliamentary and local government elections (Representation of the People Regulations) (No. 05 of 02 January 2003).
  41. Electoral Code of Belgium (version of 31th of January 2014).
  42. Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976 (Stand am 1. November 2015).
  43. Northern Territory of Australia Electoral Act (As in force of 22 November 2017).

# СОФЬЯ СМИРНОВА: «СЧАСТЬЕ МОЖНО НАЙТИ ДАЖЕ В САМЫЕ ТЕМНЫЕ ВРЕМЕНА»



Беседовала  
Алёна Кирилина



МНЕ КАЖЕТСЯ,  
ИДЕАЛЬНЫМ  
ЛЕЙТМОТИВОМ  
АДВОКАТСКОЙ  
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ  
МОЖЕТ СЛУЖИТЬ

**ЗНАМЕНИТАЯ ЦИТАТА:**  
«СЧАСТЬЕ МОЖНО НАЙТИ  
ДАЖЕ В САМЫЕ ТЕМНЫЕ  
ВРЕМЕНА, ЕСЛИ  
НЕ ЗАБЫВАТЬ  
ОБРАЩАТЬСЯ К СВЕТУ».

**— Я** знаю, что ты достаточно рано определилась со своей специализацией. Расскажи, что тебя подтолкнуло к выбору уголовного права как основной сферы своей деятельности?

— На самом деле, у меня с уголовным правом очень интересная история любви. Я еще в 5 классе заявила родителям, что хочу быть прокурором. Я тогда даже заставила маму купить мне Уголовный кодекс, носила его каждый день в школу и очень старательно изучала, ведь все прокуроры должны хорошо знать уголовное право, особенно когда им 11 лет. Если отвечать серьезно, на мой выбор во многом повлияли преподаватели уголовного права в университете — они в буквальном смысле влюбляли в свой предмет. Меня настолько увлекали лекции и семинары по уголовному праву, что после каждой пары я выходила с непреодолимым желанием прочитать и изучить что-то еще по пройденной теме. Мне было настолько интересно, что на все остальные предметы у меня просто не оставалось времени — весь день читала учебники и монографии по уголовному праву. В какой-то момент у моих друзей даже появилась шутка: «Если спросить у Сони, что она делает, в ответе

обязательно будет словосочетание «уголовное право». И тогда я поняла, что в какой-то другой сфере я просто не смогу работать — мое сердце навсегда украдено уголовным правом.

**— Как тебе удалось не разочароваться со временем в профессии, ведь уголовное право сейчас не самое популярное направление среди студентов, а об издержках российской уголовной юстиции и говорить не приходится?**

— Какой-то волшебной таблетки от разочарования в профессии я, к сожалению,

**Софья Смирнова**  
Младший партнёр  
адвокатского бюро ЗКС





предложить не смогу, да и вряд ли существует какой-то универсальный способ. Мне кажется, идеальным лейтмотивом адвокатской деятельности может служить знаменитая цитата: «Счастье можно найти даже в самые темные времена, если не забывать обращаться к свету». Лично мне ощущение значимости и полезности моей деятельности (ведь я могу хотя бы попытаться помочь еще очень многим людям) позволяет

не впадать в отчаяние каждый раз, когда происходит какая-то несправедливость (например, когда необоснованно заключают под стражу доверителя или выносят обвинительный приговор). Важно постоянно напоминать себе о причинах и целях, побудивших вас выбрать именно юриспруденцию, это поможет не потерять то чувство воодушевления и драйва, которое нам дает работа в самом начале профессионального пути.

**– Почему ты выбрала адвокатскую деятельность? Знаю, что ты некоторое время работала помощником следователя, почему не решила остаться там? Можешь рассказать о самых интересных случаях из практики работы помощником следователя?**

– Да, я действительно полгода работала помощником следователя в Московском межрегиональном следственном управлении на транспорте. Это был мой первый и очень значимый опыт работы в уголовной сфере. Признаюсь честно: для меня работа в следствии была, скорее, возможностью посмотреть, как уголовное право и уголовный процесс реализуются на практике, и определиться, хочу ли я связывать жизнь с этой сферой (спойлер: да, я убедилась, что это мое призвание). На самом деле, в следствии было много интересных и запоминающихся моментов: первое обвинительное заключение, проект которого я готовила; выезды на различные следственные действия. Но самое яркое впечатление у меня осталось от посещения изолятора временного содержания: кажется, меня тогда попросили просто отвезти документы, но сама атмосфера (очень приветливые на удивление сотрудники с автотоматами наперевес, решетки и железные двери повсюду) оставили на еще совсем юную меня неизгладимое впечатление.

**– Нужна ли вообще выпускникам стажировка, если образование в ряде вузов ориентировано на практику, а работа стажера чаще всего носит рутинный характер, имеющий мало что общего с юриспруденцией?**

– Мне кажется, это несколько неправильное восприятие и юридического образования, и стажировок. Как бы нам ни хотелось, наше образование все еще очень теоретизированное: сидя за партой, мы редко получаем правильное пони-

мание о том, что на самом деле представляет из себя работа юриста. Да, элементы практической деятельности последнее время активно включаются в процесс обучения. Но сколько бы раз мы ни поучаствовали в игровом судебном процессе, сколько бы учебных исков мы ни написали, это не даст нам ни малейшего представления о том, как на самом деле проходят судебные заседания и что нужно написать в жалобе, чтобы не получить на нее формальную отписку.

С утверждением, что стажировки часто носят технический характер, я бы тоже поспорила. Большинство работодателей сейчас прекрас-

но осознают значимость стажировки для самих студентов и для юридической фирмы (ведь это возможность отобрать лучших молодых специалистов), поэтому выполняемые стажерами задания редко носят исключительно технический характер («распечатай-принеси»). Да, поработать у принтера и побегать на почту придется, но хороший практикант умеет и из этого извлечь пользу для себя – прочитайте документы, которые вы копируете, задайте вопрос партнеру о целях этого ходатайства/жалобы или о какой-то юридической проблеме в рамках этого про-

екта. А если вы найдете в документе какую-то случайно закравшуюся опечатку или в порядке дискуссии расскажете о какой-то известной вам судебной практике по этому вопросу, проявленный вами энтузиазм точно не останется незамеченным руководителем.

Так что мой ответ – однозначно «да», студентам очень важно проходить стажировки в период обучения. Причем, на мой взгляд, при желании можно смело начинать искать практику уже с курса второго. Во многом именно практическая деятельность поможет вам определиться с конкретным направлением в юриспруденции, в котором вы дальше будете развиваться.



**КАК БЫ НАМ  
НИ ХОТЕЛОСЬ,  
НАШЕ ОБРАЗОВАНИЕ  
ВСЕ ЕЩЕ ОЧЕНЬ  
ТЕОРЕТИЗИРОВАННОЕ:  
СИДЯ ЗА ПАРТОЙ,  
МЫ РЕДКО ПОЛУЧАЕМ  
ПРАВИЛЬНОЕ  
ПОНИМАНИЕ О ТОМ,  
ЧТО НА САМОМ ДЕЛЕ  
ПРЕДСТАВЛЯЕТ ИЗ СЕБЯ  
РАБОТА ЮРИСТА**

”

БОЛЬШИНСТВО РАБОДАТЕЛЕЙ СЕЙЧАС ПРЕКРАСНО ОСОЗНАЮТ ЗНАЧИМОСТЬ СТАЖИРОВКИ ДЛЯ САМИХ СТУДЕНТОВ И ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ФИРМЫ, ПОЭТОМУ ВЫПОЛНЯЕМЫЕ СТАЖЕРАМИ ЗАДАНИЯ РЕДКО НОСЯТ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНО ТЕХНИЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР («РАСПЕЧАТАЙ-ПРИНЕСИ»).

ДА, ПОРАБОТАТЬ У ПРИНТЕРА И ПОБЕГАТЬ НА ПОЧТУ ПРИДЕТСЯ, НО ХОРОШИЙ ПРАКТИКАНТ УМЕЕТ И ИЗ ЭТОГО ИЗВЛЕЧЬ ПОЛЬЗУ ДЛЯ СЕБЯ



**– Сложно ли сдавать сейчас экзамен на адвоката? Как и сколько ты готовилась? Сильно ли этот экзамен отличается от экзаменов вуза?**

– После успешной сдачи, конечно, хочется ответить, что несложно. На самом деле, времени и сил на подготовку ушло немало: в билетах есть вопросы практически по всем отраслям права и достаточно много очень специфических вопросов (я, например, закон о материнском капитале открыла впервые в жизни).

Было непривычно, что на экзамене можно было пользоваться любыми законами. Но это не всегда спасало, поскольку некоторые вопросы были сугубо теоретическими (например, про историю адвокатуры) и комиссия могла задать смежные вопросы из совершенно другой отрасли.

В целом, я бы сказала, что экзамен существенно сложнее, чем большинство зачетов в университете. Но при качественной подготовке успех гарантирован.

**– Какую карьерную стратегию ты бы предложила студентам бакалавриата, которые мечтают стать адвокатами по уголовным делам в будущем? Согласна ли ты, что уголовное право – одна из самых простых отраслей и что туда можно подать-ся каждому?**

– Работа в сфере уголовного права (причем, не важно, на стороне защиты или обвинения) – одна из самых сложных и ответственных среди юридических. Возможно, это прозвучит несколько высокопарно, но в уголовной сфере для клиентов в зависимости от нас поставлено что-то более ценное, чем просто деньги и имущество, – их свобода и жизнь. И поэтому, выбирать эту от-

расль для профессиональной деятельности можно только при условии, что вы являетесь настоящим фанатиком (в хорошем смысле этого слова) уголовного права. Поэтому, на мой взгляд, самый важный этап в карьерной стратегии уголовного юриста – получить глубокие теоретические знания. А будет ли у вас опыт работы в следственных органах до получения статуса адвоката или нет, не имеет никакого значения.



**РАБОТА В СФЕРЕ  
УГОЛОВНОГО ПРАВА –  
ОДНА ИЗ САМЫХ СЛОЖНЫХ  
И ОТВЕТСТВЕННЫХ  
СРЕДИ ЮРИДИЧЕСКИХ.  
ВОЗМОЖНО,  
ЭТО ПРОЗВУЧИТ  
НЕСКОЛЬКО ВЫСОКОПАРНО,  
НО В УГОЛОВНОЙ СФЕРЕ  
ДЛЯ КЛИЕНТОВ  
В ЗАВИСИМОСТЬ ОТ НАС  
ПОСТАВЛЕНО ЧТО-ТО БОЛЕЕ  
ЦЕННОЕ, ЧЕМ ПРОСТО  
ДЕНЬГИ И ИМУЩЕСТВО, –  
ИХ СВОБОДА И ЖИЗНЬ**

**– Какие темы в науке уголовного права тебе были бы интересны с исследовательской позиции? Что нового практика наработала за последние годы, что можно было бы привнести в науку?**

– Моя основная профессиональная и научная специализация – экономическое уголовное право и должностные преступления. Последние несколько лет я глубоко погружалась в изучение преступлений в сфере налогообложения. На самом деле, работая в адвокатуре, отчетливее видишь многие проблемы и вопросы уголовного законодательства: в каких-то случаях неудачная терминология приводит к тому, что невозможно

потерпевшему добиться возбуждения уголовного дела, когда состав преступления вроде как очевиден (например, при невыплате заработной платы в статье 145.1 УК РФ крайне неудачно сформулирован темпоральный признак), а иногда отсутствие разъяснений со стороны Верховного суда приводит к тому, что в практике появляется множество вариаций толкования одной и той же нормы (к примеру, Вы можете посмотреть судебные решения по ст. 199.2 УК РФ и вряд ли найдете два одинаковых определения для содержания объективной стороны данного преступления). ■

# President LawJournal

**Научный руководитель журнала:** Иванова Т.Н.

**Главный редактор журнала:** Киктенко К.Г.

**Заместитель главного редактора:** Езюков В.К.

**Помощники главного редактора:** Климанов Е.И.,  
Чистяков А.О., Суховская А.А.

**Редакционная коллегия:** Волос А.А., Ермошин П.Ю., Зальцзейлер  
Л. Кирилина А.А., Кича М.В., Козырин А.А., Копылов Д.Г., Костин А.А.,  
Косцов В.Н., Пьянкова А.Ф. Хапаев И.М.

**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

**Партнёр журнала:**



**Сотби**

**Издательство:**

**Юридический Дом  
«Юстицинформ»**

группа компаний

**ЮСТИЦ**  **ИНФОРМ**

с 1991 года

---

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