

President Law Journal

БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ

С Юрием
Александровичем
Тихомировым

82

СОДЕРЖАНИЕ КРИТЕРИЯ
ЗАИНТЕРЕСОВАННОСТИ
АРБИТРАЖНОГО
УПРАВЛЯЮЩЕГО

12

ПОДХОДЫ К ПРАВОВОМУ
РЕГУЛИРОВАНИЮ
И ВОЗМОЖНЫЕ ТОЛКОВАНИЯ
РЕОРГАНИЗАЦИИ
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА:
ОПЫТ РОССИИ
И ВЕЛИКОБРИТАНИИ

20

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ
FORUM NON CONVENIENS
В МЕЖДУНАРОДНОМ
ЧАСТНОМ ПРАВЕ

31

ПРОБЛЕМЫ ДЕЙСТВУЮЩЕЙ
И ВОЗМОЖНОЙ
ОХРАНОСПОСОБНОСТИ
ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО
ПРАВА, СОЗДАННЫХ
ИСКУССТВЕННЫМ
ИНТЕЛЛЕКТОМ

51

ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК
УРЕГУЛИРОВАНИЯ IP-СПОРОВ
С МАРКЕТПЛЕЙСАМИ:
НОВОЕ НАЗНАЧЕНИЕ
И ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

64





Иванова Татьяна Николаевна,
научный
руководитель
журнала



Киктенко Константин Геннадьевич,
главный
редактор
журнала

Представляем Вашему вниманию второй в этом году выпуск академического журнала President Law Journal. За время подготовки нового выпуска была опубликована первая книга авторского коллектива журнала «Знаковые решения Верховного суда США и Палаты лордов Великобритании». Книга представляет собой рукопись с переводами судебных решений по вопросам публичного и частного права и их оригиналами. Также к команде журнала в качестве члена редакционной коллегии присоединилась М.В. Радецкая, кандидат юридических наук, консультант отдела законодательства об интеллектуальных правах Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ. Мы рады, что Мария Владимировна стала частью нашей дружной команды.

В этом выпуске редакция журнала акцентирует внимание читателей на заслуживших особенно высокой оценки работах следующих авторов: М. Столярчук, Н. Марданов, Д. Прокопенко, Б. Карпычев.

В рамках «Большого интервью» главный редактор журнала Константин Киктенко беседовал с Ю.А. Тихомировым, доктором юридических наук, профессором, заслуженным деятелем науки Российской Федерации. Юрий Александрович рассказал историю своей научной карьеры, дал оценку текущим изменениям в праве и государстве, представил основные результаты своих последних научных изысканий. Интервью было приурочено к его дню рождения, 21 июля 2022 года Юрию Александровичу исполнился 91 год. Редакция журнала поздравляет Юрия Александровича с днем рождения и выражает слова благодарности от лица юридического сообщества за плодотворную научную деятельность и подготовку новых поколений российских ученых.

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

**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.
Помощник главного редактора:
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., Радецкая М.В.
Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.
**Выписка
о регистрации СМИ:**
ЭЛ № ФС77-78622
от 20.07.2020 г.
ISSN: 2687-1599
**Журнал
индексируется
в РИНЦ:**
ID 75439

Партнер журнала: Юридическая компания «Сотби»

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО

- 4** Виндикация у давностного владельца: сравнительно-правовое исследование.
Vindication lawsuits against usucapientes: a comparative study.
Автор: Марасанов Максим Владимирович
- 12** Содержание критерия заинтересованности арбитражного управляющего.
The content of the criterion of interest of the arbitration manager.
Автор: Столярчук Михаил Владимирович
- 20** Подходы к правовому регулированию и возможные толкования реорганизации юридического лица: опыт России и Великобритании.
Ways of legal regulation and possible interpretations of the restructuring of a legal entity in Russia and the UK.
Автор: Дзыза Александр Александрович
- 31** Актуальные проблемы применения доктрины *forum non conveniens* в международном частном праве.
Current problems of the forum non conveniens doctrine in international private law.
Автор: Карпычев Борис Артемьевич
- 43** Правовая природа договора транспортировки газа по трубопроводам.
The legal nature of the contract for the transportation of gas through pipelines.
Автор: Тарасенко Владимир Алексеевич
- 51** Проблемы действующей и возможной охраноспособности объектов авторского права, созданных искусственным интеллектом.
Problems of current and possible protection of copyright objects created by artificial intelligence.
Автор: Марданов Нариман Рахманович

- 64** Досудебный порядок урегулирования IP-споров с маркетплейсами: новое назначение и основные проблемы.
Pre-courting resolution of ip-disputes with marketplaces: new purpose and main problems.
Автор: Прокопенко Данил Романович

ИНТЕРВЬЮ

- 82** Большое интервью С Юрием Александровичем Тихомировым.
Беседовал: Константин Киктенко

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

- 101** Нормативно-правовое регулирование рождаемости в КНР.
Legal regulation of the fertility in the PRC.
Автор: Лебедь Павел Александрович
- 111** Автономия уголовного права: нарушение терминологического единства правовой системы или обоснованная необходимость?
The autonomy of criminal law: a contradiction to the terminological unity of the legal system or a justified necessity?
Автор: Сидоренко Софья Андреевна
- 120** Проблемы разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами в свете реформы законодательства о публичной власти в субъектах Российской Федерации.
The problems of devision of authority and powers between the Russian Federation and its subjects in the light of the reform of the law on public authority in the subjects of the Russian Federation.
Автор: Тихонов Николай Богданович



УДК 347.2/.3

Марасанов Максим Владимирович
(mvmarasanov@edu.hse.ru)

Студент 2 курса бакалавриата
факультета права НИУ ВШЭ
(г. Москва)

Maksim Marasanov

2nd-year student of bachelor program
Faculty of Law
National Research University Higher
School of Economics

Научный руководитель:
Синельникова Валентина
Николаевна

Доктор юридических наук,
профессор Департамента частного
права НИУ ВШЭ

Academic supervisor:
Valentina Sinelnikova

PhD in Law, Professor of School
of Private Law

ВИНДИКАЦИЯ У ДАВНОСТНОГО ВЛАДЕЛЬЦА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

VINDICATION LAWSUITS AGAINST USUCAPIENTS: A COMPARATIVE STUDY

АННОТАЦИЯ: В статье рассматриваются вопросы, связанные с механизмом приобретения права собственности на имущество по давности и статусом фактического владельца вещи. Автор подвергает критике подход Конституционного Суда к определению «добросовестного владельца вещи» и предлагает качественно иную концепцию давности, по которой право собственности на вещь смогут приобрести и недобросовестные владельцы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: приобретение права собственности на имущество по давности, давностный владелец, виндикационный иск, титульный/реестровый собственник недвижимости, dominium sine re.

ANNOTATION: The article considers the mode of acquiring title to the property through usucapion and the legal status of an unauthorized possessor of property. The author criticizes the approach to defining the term «possessor in good faith» developed by the Constitutional Court. Instead, a completely different concept of usucapion, which will allow even possessors in bad faith to acquire title to the property, is advocated.

KEY WORDS: acquisition of title through usucapion, usucapient, vindication lawsuit, title/registered owner of real property, dominium sine re.

Введение

На практике встречаются ситуации, когда собственник вещи подает иск против давностного владельца по истечении длительного периода времени после фактической утраты владения, когда давностный владелец считал, что уже приобрел право собственности на вещь. Должен ли суд удовлетворить такой иск?

В юридической литературе существует несколько точек зрения на то, какой иск невладельчий собственник вещи вправе предъявить к давностному владельцу: негаторный¹ или виндикационный? Данный спор имеет важное практическое значение: на виндикационные иски распространяется общий срок исковой давности (3 года), на негаторные срок исковой давности не распространяется². На наш взгляд, иск собственника к давностному владельцу является виндикационным³, так как его главная функция – отобрание вещи у незаконного владельца и передача его собственнику. Кроме того, буквальное толкование статьи 304 ГК РФ свидетельствует о том, что собственник вправе предъявить негаторный иск, только если не нарушено его право владения. В случае же одновременного нарушения правомочий пользования и владения приоритет отдается защите владения посредством предъявления виндикационного иска.

¹ См.: Рудоквас А.Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. – М., 2011. С.111–112.

² Абзац 5 статьи 208 ГК РФ.

³ Также см.: Витрянский В.В. Актуальные проблемы судебной защиты права собственности на недвижимость // Гражданское право современной России. / Сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. – М., 2008. Т. 268. С. 20.

Виндикация движимых вещей у добросовестного давностного владельца

Рассмотрим следующую ситуацию. У художника украли картину, которой он владел на праве собственности. Через несколько лет художник обнаружил картину в частной картинной галерее и потребовал от собственника галереи вернуть украденную вещь. После того, как собственник галереи отказался добровольно вернуть картину, доказав, что добросовестно приобрел ее у третьего лица более шести лет назад, художник предъявил виндикационный иск.

Мы считаем, что виндикационный иск удовлетворению не подлежит. В абзаце 1 пункта 1 статьи 234 ГК РФ условием приобретения права собственности на движимую вещь названо истечение пятилетнего срока добросовестного, открытого, непрерывного владения имуществом как своим. Следовательно, у давностного владельца автоматически возникает право собственности на вещь по истечении указанного срока⁴. Если срок приобретательной давности истек, то художник утратил право собственности на картину и уже не вправе требовать ее виндикации.

Аналогичные российским нормы действуют в Германии и Нидерландах. Так, в Германии добросовестный владелец автоматически приобретает движимую вещь в собственность по истечении 10 лет владения ею как своей⁵. Прежний собственник не вправе истребовать вещь у добросовестного приобретателя по истечении срока приобретательной давности⁶. В Нидерландах давностный владелец также становится собственником движимой вещи, не подлежащей государственной регистрации, автоматически по истечении трехлетнего срока⁷.

Чтобы установить, истек ли срок приобретательной давности в рассматриваемом деле, определим момент начала течения этого срока. Согласно новой редакции нормы пункта 4 статьи 234 ГК РФ течение срока приобретательной давности начинается со

дня поступления вещи в открытое владение добросовестного приобретателя. Однако прежняя редакция данной нормы ставила начало течения срока приобретательной давности в зависимость от истечения срока исковой давности по виндикационному иску. На наш взгляд, для разрешения спора, который был инициирован после начала действия новой редакции ГК РФ⁸, должна быть применена новая редакция нормы пункта 4 статьи 234 ГК РФ⁹. Согласно пункту 2 статьи 4 ГК РФ применительно к действующим правоотношениям новая норма гражданского права регулирует те права и обязанности, которые возникают после введения данной нормы в действие. Поскольку правоотношение по приобретательной давности является действующим, новая редакция нормы пункта 4 статьи 234 ГК РФ будет регулировать правила исчисления срока приобретательной давности в случае, если такой срок не успел истечь к моменту начала действия нормы. Если предположить, что художник предъявил виндикационный иск в 2022 году, срок приобретательной давности будет исчисляться по новой редакции нормы и успеет истечь к моменту обращения художника в суд. Следовательно, собственник галереи приобрел право собственности на картину, а художник не вправе требовать ее виндикации.

Приведенная выше ситуация основана на реальном кейсе *O'Keefe v. Synder*¹⁰, который был разрешен по праву Нью-Джерси. Согласно законодательству Нью-Джерси, право собственности на вещь возникает у давностного владельца¹¹ автоматически после истечения срока исковой давности по виндикационному иску. Интересно, что в оригинальном деле суд удовлетворил виндикационный иск (*action for replevin*), придя к выводу о том, что срок исковой давности начал течь только после того, как истец узнал о личности ответчика по виндикационному иску. Следовательно, установленный законом штата Нью-Джерси шестилетний срок исковой давности для виндикации движимой вещи не истек, а давностный владелец

⁴ К аналогичному выводу приходит и И.А. Маньковский. См.: Маньковский И.А. Приобретательная давность в системе оснований приобретения права собственности // Российский юридический журнал. 2011. № 4. С. 163.

⁵ Германское гражданское уложение, §937. См.: Dannemann G., Schulze R. Article-by-Article Commentary on Volume I of BGB. – München, 2020. С. 1824.

⁶ Германское гражданское уложение, §1007(2).

⁷ Гражданский кодекс Нидерландов, абзац 1 статьи 3:99.

⁸ С 1 января 2020 года. Изменения внесены Федеральным законом от 16.12.2019 N 430-ФЗ.

⁹ Д.В. Лоренц занимает аналогичную позицию, однако не приводит убедительных аргументов в ее защиту. См.: Лоренц Д.В. Приобретение недвижимого имущества по давности владения: новые правила исчисления сроков // Закон. 2020. № 12. §3.

¹⁰ *O'Keefe v. Synder*, 416 A.2d 862 (1980).

¹¹ В системах общего права применяется концепция *adverse possession*, которая, несмотря на некоторые отличия, в целом аналогична институту приобретательной давности. См.: Багаев В.А. Приобретение недвижимого имущества по давности владения по российскому и английскому праву: автореф. дис...канд. юр. наук. – СПб., 2016. С.33.

не приобрел право собственности на картину¹². Нам решение Верховного Суда Нью-Джерси видится необоснованным: стремясь защитить интересы художника, суд допустил умаление интересов давностного владельца, который добросовестно и возмездно приобрел картину у третьего лица. Более логичной видится принятая в России модель, при которой срок приобретательной давности течет независимо от срока исковой давности по виндикационному иску. Такая модель обеспечивает юридическую определенность в отношении права собственности на вещь и создает разумный баланс между правами и законными интересами давностного владельца и собственника (прежнего собственника).

Виндикация недвижимых вещей у добросовестного давностного владельца

Рассмотрим следующую ситуацию. Собственник дома, не зарегистрированного в реестре прав на недвижимость, эмигрировал из России более 25 лет назад. Через несколько лет дом был занят лицом, которое считало его брошенным. Это лицо проживало в доме и несло в полном объеме расходы на его содержание на протяжении 15 лет вплоть до того момента, когда из-за границы вернулся титульный¹³ собственник дома и предъявил виндикационный иск. Фактический владелец предъявил встречный иск о признании права собственности на дом. Чей иск должен удовлетворить суд?

В данном случае фактический владелец действовал добросовестно и мог приобрести дом в собственность по приобретательной давности, поскольку обоснованно считал дом брошенным собственником, а ввиду отсутствия сведений о доме в реестре прав на недвижимость не имел возможности узнать личность титульного собственника и связаться с ним¹⁴. Однако давностный владелец не приобрел право собственности на дом автоматически (как в случае с движимыми вещами) после истечения срока приобретательной давности.

В силу абзаца 2 пункта 1 статьи 234 ГК РФ право собственности на недвижимые вещи возникает у давностного владельца лишь после государственной регистрации¹⁵. Эта норма закрепляет принцип внесения, согласно которому права на недвижимость переходят, возникают и прекращаются только с момента их государственной регистрации. С другой стороны, Р.С. Бевзенко¹⁶ считает, что право собственности на недвижимость в силу приобретательной давности возникает автоматически после истечения срока приобретательной давности. В обоснование своей позиции Р.С. Бевзенко приводит Постановление Пленума Верховного Суда №10/22, согласно которому «отсутствие государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество не является препятствием для признания права собственности на это имущество по истечении срока приобретательной давности»¹⁷. На наш взгляд, данное положение следует толковать ограничительно – как инструмент примирения юридической практики и высокой теории цивилистики. Так, с позиции теории лицо не вправе подать иск о признании своего права собственности на вещь, если оно не обладает таким правом. Тем не менее для целей гражданского оборота необходим механизм, с помощью которого давностный владелец мог бы приобрести право собственности на завакцированную недвижимость. Верховный Суд посчитал обоснованным наделить давностного владельца недвижимой вещи правом подать иск о признании своего права собственности на эту вещь, хотя де-юре давностный владелец не обладает правом собственности и не вправе требовать его признания. Комментируемое положение Постановления Пленума применяется только в тех случаях, когда титульный собственник пропустил срок исковой давности и утратил право виндикации вещи или когда титульный собственник не возражает против иска. Если же, как в нашем случае, титульный собственник и давностный владелец спорят о праве на вещь, суд должен отказать в признании права собственности на вещь по давности владения и удовлетворить виндикационный иск титульного собственника.

¹² O'Keefe v. Synder, §494.

¹³ Хотя собственник и не зарегистрировал свое право собственности на дом, его право собственности будет признано действительным в силу пункта 1 статьи 69 ФЗ от 13.07.2015 N 218-ФЗ, поскольку оно возникло до дня вступления в силу ФЗ от 21 июля 1997 года N 122-ФЗ.

¹⁴ См.: Рудоквас А.Д. Указ. соч. С. 131.

¹⁵ Данная норма является специальной по отношению к общей норме, закрепленной в пункте 2 статьи 81 ГК РФ.

¹⁶ Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 11. §2.2.4.

¹⁷ Пункт 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 г.

Мы считаем, что норма абзаца 2 пункта 1 статьи 234 ГК РФ ориентирована на защиту прав титульного собственника и третьих лиц, полагающихся на достоверность сведений в ЕГРН. Аналогичная норма существует в праве Германии и Англии. Хотя в немецком праве приобретательная давность распространяется только на движимые вещи, существует институт *Eigentumserwerb nach Ausschlussurteil*¹⁸, аналогичный по своей функции приобретательной давности в отношении недвижимости. Право собственности на недвижимую вещь может в порядке вызывного производства приобрести лицо, владевшее этой вещью как собственной в течение 30 лет¹⁹. Фактический владелец становится собственником имущества с момента внесения соответствующей записи в поземельную книгу²⁰. В Англии давностный владелец может приобрести право собственности на зарегистрированную недвижимость, обратившись с заявлением о регистрации его в качестве правообладателя к регистратору, который уведомляет об этом реестрового собственника и других заинтересованных лиц (арендатора, залогодержателя). При отсутствии с их стороны возражений право собственности на недвижимость возникает у давностного владельца с момента государственной регистрации его права²¹. Интересно, что и в Российской империи давностный владелец становился собственником вещи не сразу после истечения срока приобретательной давности, а лишь после реализации судебной процедуры ввода во владение²². С другой стороны, в Италии давностный владелец становится собственником недвижимости автоматически по истечении срока приобретательной давности²³. Следовательно, если бы спор разрешался по праву Италии, суд удовлетворил бы

**ЕСЛИ ТИТУЛЬНЫЙ
СОБСТВЕННИК
И ДАВНОСТНЫЙ ВЛАДЕЛЕЦ
СПОРЯТ О ПРАВЕ НА ВЕЩЬ,
СУД ДОЛЖЕН ОТКАЗАТЬ
В ПРИЗНАНИИ ПРАВА
СОБСТВЕННОСТИ НА ВЕЩЬ
ПО ДАВНОСТИ ВЛАДЕНИЯ
И УДОВЛЕТВОРИТЬ
ВИНДИКАЦИОННЫЙ
ИСК ТИТУЛЬНОГО
СОБСТВЕННИКА**

иск о признании права собственности давностного владельца на вещь и отказал в виндикационном иске прежнего собственника. Однако нормы итальянского права об автоматическом возникновении права собственности на недвижимость совершенно не подходят для регулирования российского гражданского оборота. Их применение в российских реалиях порождало бы ситуации, когда лицо, утратившее право собственности на недвижимость, но продолжающее значиться в ЕГРН собственником вещи, заключает договор купли-продажи с третьим лицом, добросовестно полагающимся на достоверность сведений

в ЕГРН, что порождает затем спор между добросовестным покупателем и настоящим собственником вещи – давностным владельцем.

Предположим теперь, что давностный владелец дома заявил о пропуске титульным собственником срока исковой давности. По нашему мнению, титульный собственник предъявил виндикационный иск в пределах срока исковой давности, который начал течь с момента, когда титульный собственник узнал о нарушении своего права конкретным лицом²⁴. Бремя дока-

зывания обстоятельств, свидетельствующих об истечении срока исковой давности, лежит на давностном владельце, в силу пункта 1 статьи 56 ГПК РФ²⁵. Следовательно, суд будет считать, что титульный собственник узнал о нарушении своего права собственности только в день, когда он впервые истребовал вещь у давностного владельца, если давностный владелец не докажет обратное. Тем не менее в юридической литературе существуют и другие позиции относительно начала течения сроков исковой давности по делам об истребовании вещи у давностного владельца. Так, Н.А. Шадрина предлагала презюмировать²⁶,

¹⁸ Приобретение права собственности посредством исключения прежнего собственника в порядке вызывного производства.

¹⁹ Германское гражданское уложение, §927(1).

²⁰ Германское гражданское уложение, §927(2).

²¹ См.: Land Registration Act 2002, Schedule 6.

²² Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. – М., 2003. С. 395.

²³ Итальянский гражданский кодекс, §§1158, 1159, 11591.

²⁴ См.: Сергеев А. П. Применение исковой давности к вещно-правовым требованиям // Ученые записки юридического факультета. 2012. № 24–25. С. 159.

²⁵ См.: абзац 1 пункта 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 N 43.

²⁶ Шадрина Н. А. Течение сроков приобретательной давности по гражданскому праву России // Хозяйство и право. 2003. № 9. С. 118.



что титульный собственник узнает о нарушении в тот момент, когда началось владение давностного владельца²⁷. Однако такая презумпция будет противоречить римской максиме²⁸ «*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*»²⁹, поскольку титульный собственник вынужден будет доказывать, что до определенного момента времени он не знал и не должен был знать о нарушении своего права. На наш взгляд, существование данной презумпции нарушит баланс интересов сторон, поставив титульного собственника в заведомо невыгодное положение.

Виндикация у недобросовестного владельца. Проблема *dominium sine re*

Российская модель института приобретательной давности разрешает приобретать право собственности на вещь только добросовестному владельцу, в то же время ограничивая право

титульного собственника на виндикацию тремя годами – очень коротким сроком. Следствием этого противоречия являются ситуации, когда вещь де-факто выпадает из гражданского оборота: титульный собственник после истечения срока исковой давности по виндикационному иску имеет только «голое» право собственности, а недобросовестный владелец лишен средств юридической защиты своего владения³⁰ и не имеет перспективы приобрести право собственности на вещь (*dominium sine re*). Отметим, что проблема *dominium sine re* имеет свои истоки в советском праве³¹, где она стояла еще более остро ввиду отсутствия института приобретательной давности: в СССР даже добросовестный владелец был лишен возможности приобрести право собственности на вещь и не мог предъявить виндикационный иск в случае утраты вещи. Срок же исковой давности по виндикационному иску в СССР, как и в Российской Федерации, составлял 3 года³².

²⁷ Подобная презумпция существовала и в советском праве. См.: Черепяхин Б.Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве // Актуальные вопросы советского гражданского права/ Под ред. С.Н. Братуся, О.С. Иоффе, Я.А. Куника. – М., 1964. С.74.

²⁸ Данная максима, хотя и не получила прямого законодательного закрепления, широко применяется в судебной практике. См.: Определение ВАС от 14.05.2012 N ВАС-6051/12 по делу N А59-4371/2010; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 09.10.2013 по делу N А19-21047/2012; Постановление Арбитражного Суда Волго-Вятского округа от 20.01.2015 N Ф01-5708/2014 по делу N А43-11561/2013. Суды выводят данную максиму из принципов юридического равенства, равноправия и состязательности сторон. См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.06.2015 N Ф03-1852/2015 по делу N А59-4988/2014.

²⁹ «Ягость доказательства лежит на том, кто утверждает, а не на том, кто отрицает».

³⁰ Лицо может защитить владение посредством иска, предусмотренного пунктом 2 статьи 234 ГК РФ, только если докажет свою добросовестность. См.: пункт 1.2 Проекта Концепции развития гражданского законодательства о вещном праве. Как отмечает К. И. Скловский, общая презумпция добросовестности, установленная пунктом 4 статьи 10 ГК, не распространяется на статью 234 ГК, и не затрагивает процессуальные нормы о бремени доказывания. См.: Скловский К.И. О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике // Модернизация гражданского законодательства: сборник материалов к XV Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся. – М., 2020. С.58.

³¹ В Российской империи проблема *dominium sine re* не стояла столь остро ввиду более длинного срока исковой давности по виндикационным искам (10 лет) и отсутствия реквизита добросовестности для приобретения имущества по давности.

³² Черепяхин Б. Б. Приобретение права собственности по давности владения // Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. – М., 2001. §3.

В современном российском праве яркой иллюстрацией проблемы *dominium sine re* является дело гражданина Волкова³³, который заключил ничтожный договор купли-продажи гаражного бокса, находившегося в муниципальной собственности (о чем Волков не мог не знать), и владел им на протяжении 20 лет как своим. Когда Волков предъявил иск о признании своего права собственности на гаражный бокс, суды отказали ему в удовлетворении иска как недобросовестному владельцу. Конституционный Суд, разрешая проблему *dominium sine re*, дал расширительное толкование понятию «добросовестный владелец». Конституционный Суд признал Волкова добросовестным владельцем на том основании, что титульный собственник «не проявлял намерения осуществлять власть над вещью» и потому «не имеет в ней интереса»³⁴. По нашему мнению, такое расширительное толкование добросовестности недопустимо, поскольку оно размывает границы добросовестности, легитимируя действия самовольного захватчика³⁵. Кроме того, такое расширительное толкование противоречит определению добросовестности, закрепленному в пункте 1 статьи 302 ГК РФ³⁶. Наличие противоречащих друг другу определений добросовестности в гражданском праве создает опасность возникновения коллизий и судебных ошибок.

Мы считаем, что добросовестным владельцем может быть признано только лицо, которое в момент завладения вещью обоснованно полагало, что эта вещь брошена собственником, либо имело основания считать имущество приобретенным на праве собственности³⁷. Так, может быть признано добросовестным лицо, занявшее незарегистрированную недвижимость, если оно при наличии на то достаточных оснований³⁸ полагалось на отсутствие у недвижимости собственника или на отказ собственника от права собственности на недвижимость.

**НАИБОЛЕЕ ПРЕДПОЧТИТЕЛЬНЫМ,
НА НАШ ВЗГЛЯД, РЕШЕНИЕМ
ПРОБЛЕМЫ DOMINIUM SINE RE
ЯВЛЯЕТСЯ ВОЗНИКНОВЕНИЕ
У НЕДОБРОСОВЕСТНОГО ВЛАДЕЛЬЦА
ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ НА ВЕЩЬ
ПО ИСТЕЧЕНИИ СРОКА ИСКОВОЙ
ДАВНОСТИ, КОТОРЫЙ ДОЛЖЕН
БЫТЬ ДОСТАТОЧНО ДЛИТЕЛЬНЫМ,
ЧТОБЫ ТИТУЛЬНЫЙ СОБСТВЕННИК
МОГ ПРИ ЖЕЛАНИИ НАЙТИ
И ИСТРЕБОВАТЬ ЭТУ ВЕЩЬ**

С другой стороны, должна действовать презумпция недобросовестности фактического владельца зарегистрированной на другое лицо недвижимости. Мы считаем, что лицо, занимая зарегистрированную в реестре недвижимость, не могло не знать о наличии у этой недвижимости титульного собственника, следовательно, действовало недобросовестно.

Подвергнув критике подход Конституционного Суда, попробуем найти решение проблемы *dominium sine re* в зарубежных правовых системах. В Германии приобрести право собственности на движимую вещь по давности может только добросовестный владелец³⁹, но срок исковой давности по виндикационным искам составляет 30 лет⁴⁰ и в большинстве случаев является достаточным, чтобы собственник мог разыскать свою вещь и истребовать ее у незаконного владельца. Приобрести в собственность движимую вещь, права на которую зарегистрированы в поземельной книге, фактический владелец может лишь в исключительных случаях⁴¹, однако на иск об истребовании такой вещи из чужого незаконного владения не распространяется исковая давность⁴²,

³³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26.11.2020 № 48-П.

³⁴ Схожие формулировки использовал в своих Определениях и Верховный Суд. См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 02.06.2020 N 4-КГ20-16, 2-1368/2018; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 10.03.2020 N 84-КГ20-1.

³⁵ См.: Багаев В. А. Конституционный суд расширил понимание добросовестности для приобретения давности // Поддержав подход Верховного суда // *Zakon.ru*. 2020. URL: https://zakon.ru/blog/2020/11/30/konstitucionnyj_sud_rasshiril_ponimanie_dobrosovestnosti_dlya_priobretatelnoj_davnosti_podderzhav_p_data_obrascheniya_05.05.2022_r).

³⁶ Согласно пункту 1 статьи 302 ГК РФ, добросовестным приобретателем может быть только лицо, которое не знало и не могло знать об отсутствии у него титула собственности на вещь.

³⁷ Например, по давности может приобрести вещь лицо, которое добросовестно приобрело эту вещь у другого лица, неуправомоченного на ее отчуждение.

³⁸ Например, в случае обветшания недвижимой вещи.

³⁹ Германское гражданское уложение, §937(2). Данная норма реципирована из римского частного права. Нормы римского частного права устанавливали, что по истечении срока исковой давности фактический владелец получал лишь право эксцепции на виндикационный иск, однако не приобретал вещь в собственность. См.: Jansen J. E. Thieves and Squatters: Acquisitive and Extinctive Prescription in European Property Law // *European Property Law Journal*. 2012. Т. 1. №. 1. С. 157-158.

⁴⁰ Германское гражданское уложение, §197(1)(1).

⁴¹ Если реестровый собственник вещи умер или признан безвестно отсутствующим. См.: Германское гражданское уложение, §927(1).

⁴² Германское гражданское уложение, §902(1).

что позволяет собственнику вещи истребовать эту вещь у фактического владельца в любое время. Таким образом, в Германии проблема *dominium sine re* разрешается в пользу титульного собственника вещи за счет удлинения сроков исковой давности по виндикационным искам или нераспространения исковой давности на такие иски. Однако и в Германии не полностью исключена возможность возникновения ситуации *dominium sine re*. Наиболее предпочтительным, на наш взгляд, решением проблемы *dominium sine re* является возникновение у недобросовестного владельца права собственности на вещь по истечении срока исковой давности, который должен быть достаточно длительным, чтобы титульный собственник мог при желании найти и истребовать эту вещь. Такая конструкция существует, к примеру, в праве Нидерландов, где срок исковой давности по виндикационным искам составляет 20 лет⁴³. Подобная конструкция имеется и в праве Италии, где действуют нормы о бессрочной виндикации (право на виндикацию сохраняется у собственника вплоть до того момента, когда давностный владелец приобретает право собственности на вещь)⁴⁴ и установлении различных сроков приобретательной давности для добросовестных и недобросовестных владельцев. Так, добросовестный владелец приобретает право собственности на недвижимую вещь по истечении 10 лет⁴⁵, а недобросовестный – только по истечении 20 лет⁴⁶ владения. По нашему мнению, нормы законодательства Нидерландов и Италии, с одной стороны, обеспечивают надлежащую защиту прав титульного собственника, а с другой стороны, препятствуют выпадению вещи из гражданского оборота.

Заключение

Подводя итог сравнительно-правовому исследованию норм о приобретательной давности в различных правовых системах, дадим рекомендации по изменению гражданского законодательства России в данной области:

1. Должны быть приняты нормы, допускающие возникновение у недобросовестного владельца

права собственности на вещь в силу приобретательной давности. Однако владение такого лица должно удовлетворять более строгим требованиям для того, чтобы дать основание для приобретения права собственности на вещь: в первую очередь, быть более продолжительным, чем требуется для возникновения права собственности на вещь у добросовестного давностного владельца.

2. Для устранения неопределенности в вопросе о критериях добросовестности давностного владельца, должно быть дано нормативное определение понятия «добросовестный давностный владелец», которое бы не противоречило определению понятия «добросовестный приобретатель», закрепленному в пункте 1 статьи 302 ГК РФ. Необходимость введения отдельного термина «добросовестный давностный владелец» обусловлена тем, что норма пункта 1 статьи 302 ГК РФ ориентирована на регулирование правоотношений, возникших в результате совершения сделок, и не охватывает некоторые ситуации, связанные с приобретением имущества по давности.

На наш взгляд, под термином «добросовестный давностный владелец» следует понимать «лицо, которое завладело вещью в условиях, когда имелись объективные и достаточные основания полагать, что собственник вещи отказался от нее либо по иным юридически значимым обстоятельствам утратил на нее право собственности, и с тех пор добросовестно, открыто и непрерывно владевшее этой вещью как своей. Если не доказано обратное, лицо, самовольно завладевшее вещью, право собственности на которое зарегистрировано в ЕГРН, признается недобросовестным давностным владельцем». Мы также предлагаем конкретизировать норму пункта 1 статьи 302 ГК РФ, указав, что «добросовестный приобретатель – лицо, приобретшее имущество на основании сделки, которое не знало и не могло знать об отсутствии у него права собственности на приобретенное имущество».

3. На виндикационный иск не должна распространяться исковая давность, что позволит исключить возможность возникновения ситуации *dominium sine re*, которая приводит к выпадению вещей из гражданского оборота.

⁴³ Гражданский кодекс Нидерландов, абзац 1 статьи 3:105.

⁴⁴ Итальянский гражданский кодекс, абзац 3 статьи 948.

⁴⁵ Итальянский гражданский кодекс, статья 1159.

⁴⁶ Итальянский гражданский кодекс, статья 1158.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Бевзенко Р.С. Комментарий к ст. 8.1 Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 11. С. 127-169.
2. Багаев В.А. Приобретение недвижимого имущества по давности владения по российскому и английскому праву: автореф. дис. ... канд. юр. наук. – СПб., 2016. – 224 с.
3. Витрянский В.В. Актуальные проблемы судебной защиты права собственности на недвижимость // Гражданское право современной России. / Сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. – М.: Статут, 2008. Т. 268. С.18-34.
4. Лоренц Д.В. Приобретение недвижимого имущества по давности владения: новые правила исчисления сроков // Закон. 2020. № 12. С. 189-200.
5. Маньковский И.А. Приобретательная давность в системе оснований приобретения права собственности // Российский юридический журнал. 2011. № 4. С. 162-172.
6. Рудоквас А.Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. – М.: «ЗАКОН», 2011. – 304 с.
7. Сергеев А. П. Применение исковой давности к вещно-правовым требованиям // Ученые записки юридического факультета. 2012. № 24–25. С. 158-163.
8. Скловский К.И. О добросовестности как реквизите приобретательной давности в судебной практике // Модернизация гражданского законодательства: сборник материалов к XV Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся / под ред. В.М. Жуйкова, О.В. Гутникова, С.А. Сеницына, М.Л. Шелютто. – М.: Статут, 2020. С.49-74.
9. Черепяхин Б.Б. Исковая давность в новом советском гражданском законодательстве // Актуальные вопросы советского гражданского права/ Под ред. С.Н. Братуся, О.С. Иоффе, Я.А. Куника. – М.: Юрид. лит., 1964. С. 71-93.
10. Черепяхин Б.Б. Приобретение права собственности по давности владения // Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2001. – 479 с.
11. Шадрин Н. А. Течение сроков приобретательной давности по гражданскому праву России // Хозяйство и право. 2003. № 9. С. 116-122.
12. Энгельман И.Е. О давности по русскому гражданскому праву: Историко-догматическое исследование. – М.: «Статут», 2003. – 511 с.
13. Dannemann G., Schulze R. Article-by-Article Commentary on Volume I of BGB. – München: Verlag C.H.Beck, 2020. – 2322 с.
14. Jansen J.E. Thieves and Squatters: Acquisitive and Extinctive Prescription in European Property Law // European Property Law Journal. 2012. Т. 1. № 1. С. 153-165.

Нормативно-правовые акты:

15. «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая)» от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 26.10.2022) // СПС «Консультант Плюс».
16. Федеральный закон от 13.07.2015 N 218-ФЗ (ред. от 01.05.2022) «О государственной регистрации недвижимости» // СПС «Консультант Плюс».
17. Dutch Civil Code of 1992. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>.
18. German Civil Code (BGB) of 1896. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3974.
19. Italian Civil Code of 1942. URL: <https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1160-del-codice-civile>.
20. Land Registration Act of 2002. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/contents>.

Судебная практика:

21. Постановление Конституционного Суда РФ от 26.11.2020 № 48-П. // СПС «Консультант Плюс».
22. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 г. // СПС «Консультант Плюс».
23. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 N 43. // СПС «Консультант Плюс».
24. Определение ВАС от 14.05.2012 N ВАС-6051/12 по делу N A59-4371/2010. // СПС «Консультант Плюс».
25. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 02.06.2020 N 4-КГ20-16, 2-1368/2018. // СПС «Консультант Плюс».
26. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 10.03.2020 N 84-КГ20-1. // СПС «Консультант Плюс».
27. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 09.10.2013 по делу N A19-21047/2012. // СПС «СудАкт».
28. Постановление Арбитражного Суда Волго-Вятского округа от 20.01.2015 N Ф01-5708/2014 по делу N A43-11561/2013. // СПС «СудАкт».
29. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.06.2015 N Ф03-1852/2015 по делу N A59-4988/2014. // СПС «СудАкт».
30. O'Keefe v. Synder, 416 A.2d 862 (1980). // СПС «LexisNexis».

Электронные ресурсы:

31. Багаев В.А. Конституционный суд расширил понимание добросовестности для приобретательной давности // Поддержав подход Верховного суда // Закон.ru. 2020. URL: https://zakon.ru/blog/2020/11/30/konstitucionnyj_sud_rasshiril_ponimanie_dobrosovestnosti_dlya_priobretatelnoj_davnosti_podderzhav_p (дата обращения: 05.05.2022).



УДК 343.535



Столярчук Михаил Владимирович
(smv.krd@gmail.com)

Магистрант ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»

Mikhail Stolyarchuk

Master's student of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

Научный руководитель:

Османова Диана Османовна

Кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Academic supervisor:

Diana Osmanova

Ph.D in Law

Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the O.E. Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

СОДЕРЖАНИЕ КРИТЕРИЯ ЗАИНТЕРЕСОВАННОСТИ АРБИТРАЖНОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО

THE CONTENT OF THE CRITERION OF INTEREST OF THE ARBITRATION MANAGER

АННОТАЦИЯ: Положениями Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) к кандидатуре арбитражного управляющего предъявляется ряд требований, в числе которых наиболее дискуссионным является условие об отсутствии признаков заинтересованности по отношению к должнику или кредитору. В силу того, что арбитражный управляющий наделен особым правовым статусом, автор видит необходимость в проведении краткого анализа судебной практики по вопросу выявления заинтересованности кандидатуры управляющего через институт представительства.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: арбитражный управляющий, заинтересованное лицо, отстранение арбитражного управляющего, банкротство.

ANNOTATION: The provisions of Federal Law No. 127-FZ dated 26.10.2002 «On Insolvency (Bankruptcy)» (hereinafter referred to as the Bankruptcy Law) impose a number of requirements on the candidacy of an arbitration manager, among which the most controversial is the condition that there are no signs of interest in relation to the debtor or creditor. Due to the fact that the arbitration manager is endowed with a special legal status, the author sees the need for a brief analysis of judicial practice on the issue of identifying the interest of the candidacy of the manager through the institution of representation.

KEYWORDS: arbitration manager, interested person, removal of the arbitration manager, bankruptcy.

Арбитражный управляющий выступает центральной и наиболее важной фигурой при несостоятельности должника. Введение первой процедуры, составление финансового анализа, выявление имущества должника, оспаривание сделок и распределение средств между кредиторами – это лишь малая часть тех процессов, которые не могут протекать без активного участия управляющего.

По этой причине одним из важнейших требований, предъявляемых к кандидатуре управляющего, является соблюдение принципов независимости и беспристрастности.

В соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ в числе требований, предъявляемых к управляющему, выделяются независимость и беспристрастность (рекомендация 115). При этом странам рекомендуется включить в свои законодательные положения условия об отстранении управляющего в случае коллизии интересов или утраты независимости (рекомендация 122)¹. Согласно положениям Резолюции Европейского парламента от 15.11.2011 г. «ликвидатор должен

¹ Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности // URL: <https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency> (дата обращения: 15.04.2022).

быть независимым от кредиторов и других заинтересованных сторон в производстве по делу о несостоятельности.», «...в случае конфликта интересов ликвидатор должен уйти в отставку со своего поста»².

Отечественное законодательство о банкротстве также устанавливает запрет на утверждение в качестве арбитражных управляющих лиц, которые являются заинтересованными по отношению к должнику или кредиторам (абз. 1 п. 2 ст. 20.2 Закона о банкротстве).

Однако, если обратиться к положениям ст. 19 Закона о банкротстве, можно прийти к заключению о недостаточности указанных в данной норме признаков заинтересованности³.

Вероятно, понимая недопустимость буквального прочтения указанной нормы, судебной практикой наряду с юридической заинтересованностью постепенно вырабатывались критерии фактической заинтересованности. Рассуждая о фактической аффилированности, Верховный суд РФ подчеркивает необходимость учета неформальных признаков связанности⁴, выражающихся в поведении участников правоотношений⁵, скоординированности их действий⁶. Как отмечает А.В. Габов, целью применения судами понятия «фактическая аффилированность» является защита независимых кредиторов от злоупотреблений⁷. Применительно к вопросу отстранения⁸ арбитражного управляющего судебная практика исходит из того, что заявителю достаточно подтвердить существенные и обоснованные сомнения в

независимости кандидатуры, тем самым зародив разумные подозрения у суда.

Примеров, способных вызвать у суда существенные и обоснованные сомнения в независимости кандидатуры арбитражного управляющего, может быть множество. По этой причине автор настоящей работы решил сосредоточить свое внимание на одном из наиболее спорных и неоднозначных вопросов.

Так, ключевой вопрос, поставленный в рамках настоящего исследования, заключается в выяснении допустимости отстранения управляющего в случае, если в отношении последнего противоположной стороной (должником, контролирующим должника лицом, кредитором, контролирующим кредитора лицом) ранее (то есть до введения процедуры) была выдана доверенность на совершение каких-либо действий.

Первостепенно необходимо проанализировать правовую природу института представительства и более точно – действия по выдаче доверенности.

Г.Ф. Шершеневич понимал под представительством такое отношение, в силу которого последствия сделок, совершенных одним лицом от имени другого, непосредственно переносятся на последнее. При этом представителю дана цель, соответствующая интересам представляемого, и от его воли зависит выбор средств, наиболее согласных с этой целью⁹. О.С. Иоффе замечал, что доверие в рассматриваемых правоотношениях выступает их

**ПРИМЕНИТЕЛЬНО
К ВОПРОСУ ОТСТРАНЕНИЯ
АРБИТРАЖНОГО
УПРАВЛЯЮЩЕГО СУДЕБНАЯ
ПРАКТИКА ИСХОДИТ
ИЗ ТОГО, ЧТО ЗАЯВИТЕЛЮ
ДОСТАТОЧНО ПОДТВЕРДИТЬ
СУЩЕСТВЕННЫЕ
И ОБОСНОВАННЫЕ СОМНЕНИЯ
В НЕЗАВИСИМОСТИ
КАНДИДАТУРЫ, ТЕМ САМЫМ
ЗАРОДИВ РАЗУМНЫЕ
ПОДОЗРЕНИЯ У СУДА**

² Резолюция Европейского парламента от 15.11.2011 с рекомендациями для Комиссии по делам о несостоятельности в контексте закона о компаниях ЕС (2011/2006 (IN)).

³ О затруднительном понимании заинтересованного лица применительно к кандидатуре арбитражного управляющего писали см.: Эрлих М.Е. Конфликт интересов в процессе несостоятельности (банкротства): Правовые средства разрешения: Монография. С. 117–120.; Дорохина Е. Г. Правовой статус арбитражного управляющего в деле о банкротстве организации: Автореф... канд. юрид. наук. М. – 2004. С. 20.

⁴ Обзор судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2016) (ред. от 26.12.2018).

⁵ См.: Определение Верховного суда РФ от 26.05.2017 г. № 306-ЭС16-20056(6), Определение Верховного суда РФ от 15.06.2016 г. № 308-ЭС16-1475.

⁶ Определение Верховного суда РФ от 29.05.2020 № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019

⁷ Габов А.В. Аффилированность в делах о несостоятельности (банкротстве) // Гражданское право социального государства: сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского (1930 - 2020) / А.Г. Архипова, А.В. Асосков, В.В. Безбах и др., отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. Москва: Статут, 2020.

⁸ Здесь и далее по тексту под «отстранением» автор понимает не только отстранение уже назначенного управляющего, но также и отклонение представленной кандидатуры при рассмотрении вопроса обоснованности заявления о признании должника банкротом.

⁹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Одиннадцатое издание. Т. 1. Москва. Издание Бр. Башмаковых. 1914. С. 214-215.

основанием, при этом оно может быть на первый взгляд и не совсем очевидным¹⁰.

В современной литературе также подчеркивается доверительный характер отношений представительства. К примеру, Л.В. Щенникова отмечает, что «доверитель, предоставляя право действовать от своего имени и в своем интересе, так сказать, доверяя, рассчитывает на верность со стороны своего представителя. В их отношениях закладывается нравственный критерий взаимности»¹¹. А.Р. Муратова в своей диссертационной работе указывала, что содержанием института представительства являются правоотношения, носящие преимущественно фидуциарный характер¹². В литературе, посвященной процессуальному представительству, подчеркивается, что представитель, реализуя предоставленные ему права, обязан руководствоваться интересами доверителя¹³.

Таким образом, традиционно отношения представительства отождествляются с наличием определенной степени доверия между представителем и представляемым, при которой последний посвящает представителя в свои дела, ставит цели по достижению своих законных интересов и пр. Такое доверие может быть вызвано личными отношениями или уровнем профессионализма представителя.

Выше нами кратко показано существо отношений представительства, однако к действию по выдаче доверенности следует относиться с большей осторожностью.

Рядом авторов подчеркивается важность выдачи доверенности для отношений представительства. К.П. Победоносцев считал, что именно доверенность выступает актом доверия известному лицу¹⁴. Д.Б. Коротков отмечает, что без доверенности теряет всякий смысл отношение представительства в целом¹⁵.

Признавая правильность указанных позиций, отметим, что значение действия по выдаче доверенности может разниться, а отношения представительства могут вовсе отсутствовать даже при наличии доверенности.

Предложенная мысль может быть проиллюстрирована на нижепредставленных ситуациях.

В рамках первой ситуации Общество выдает доверенность физическому лицу для целей представления интересов по спору о взыскании неотрабованного аванса по договору подряда. Преследуя интерес в достижении положительного для себя результата, Общество раскрывает представителю сведения о реально выполненных работах, которые могут быть больше или меньше указанных истцом. В данном случае безусловна определенная степень делового доверия между сторонами, знание об интересах доверителя и презюмируемая обязанность руководствоваться ими.

Предположим другой случай, при котором доверенность была составлена, однако не была передана представителю по причине изменения воли представляемого. В такой ситуации определенно недопустимо говорить о наличии доверительных отношений между представителем и представляемым, так как полномочия не были реализованы. Более того, допустимо предположить, что доверенность была составлена без ведома представителя, который может не знать о выданной на его имя доверенности.

Только из двух названных примеров следует, что единственный факт выдачи доверенности (регистрации доверенности в реестре) не свидетельствует о наличии доверительных отношений между сторонами. Отношения представительства носят фидуциарный характер только в том случае, когда предоставленные доверенностью полномочия действительно реализовывались (представитель заключал от имени представляемого ряд сделок, представлял его интересы в судах и государственных органах и пр.).

В контексте сказанного обоснованным кажется вывод о необходимости детального изучения обстоятельств отдельного спора при решении вопроса о возможности устранения арбитражного

¹⁰ Советское гражданское право: учебник / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Т. 1. Л., 1971.

¹¹ Щенникова Л. В. Доверенность как единство доверия и верности и практические вопросы, связанные с ее нотариальным удостоверением // Нотариальный вестник. – 2021. – № 8. – С. 21-34.

¹² Институт представительства в гражданском праве России: автореферат дис. ... кандидата юридических наук 12.00.03 / Муратова Альмира Раисовна; [Место защиты: Сарат. гос. юрид. акад.] – Саратов, 2013. С. 8.

¹³ См.: Королева В.В. Судебное представительство в гражданском и арбитражном процессе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Омск,

27 апреля 2018 г. С. 108.; Потапова Л.В. Особенности института судебного представительства в цивилистическом процессе // Администратор суда. 2021. N 1. С. 30 - 33; Кублов Р.М. Сравнительная характеристика представительства в гражданском и арбитражном процессе // Актуальные вопросы современной науки. 2014. N 18. С. 345.; Аляев Э.С. Институт представительства в цивилистическом процессуальном праве: автореф. дис. ... канд.юрид.наук. Саратов. 2021.

¹⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства // URL: http://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/pobedonoscev_kp_kurs_grazhdanskogo_prava_ch_iii_dogovory_i_obyazatelstva/

¹⁵ Коротков Д. Б. Место и роль дефиниций «представительство» и «доверенность» в российском законодательстве // Вестник Пермского Университета. Юридические науки. – 2014. – № 1 (23). – С. 118-124.

управляющего по причине установления фактической связанности с участником банкротного спора через институт представительства. В частности, необходимо устанавливать цель участия управляющего в качестве представителя и содержание отношений между сторонами.

К сожалению, проанализированная по вопросу судебная практика свидетельствует о редком применении предложенной логики при рассмотрении дел подобной категории. По результатам проведенного исследования автор настоящей работы сгруппировал типичные ситуации, связанные с темой исследования.

1 Арбитражный управляющий до даты своего утверждения выступал в качестве представителя противоположной стороны.

В данной ситуации в судебной практике выделяются два диаметральных подхода.

Согласно первому из них, утверждение арбитражного управляющего, который ранее в течение длительного времени представлял конкурсных кредиторов должника, само по себе создает условия для возможного конфликта интересов. Так, Арбитражный суд Уральского округа поддержал позиции нижестоящих судов в вопросе отстранения от исполнения обязанностей конкурсного управляющего, который в течение длительного времени до своего утверждения представлял интересы конкурсных кредиторов должника в рамках дела о банкротстве должника, а также в рамках других дел¹⁶. Арбитражный суд города Москвы в рамках рассмотрения дела о банкротстве гражданина отстранил управляющего в связи с тем, что он являлся представителем кредитора по спору о взыскании с должника денежных средств по кредитному договору в суде общей юрисдикции¹⁷. Негативная оцен-

ка представительства прослеживается в актах других судов, в которых указывается, что регулярное представление интересов может свидетельствовать о наличии опосредованной заинтересованности по отношению к лицам, интересы которых могут расходиться с интересами других кредиторов и должника, в том числе в части перехода контроля за активами конкурсной массы¹⁸.

Как видится, мотив судов, придерживающихся отмеченного подхода, состоит не в осуждении самого факта доверительных отношений управляющего с противоположной стороной в прошлом,

сколько в том, что назначение уже «знакомому» управляющего создает почву для злоупотреблений и негативных последствий для конкурсной массы в будущем.

В соответствии с противоположным подходом, помимо самого факта представления интересов необходимо представить суду совокупность косвенных доказательств, свидетельствующих о нарушении управляющим принципов независимости и добросовестности. Так, Арбитражный суд Дальневосточного округа пришел к выводу о том, что личное

В СИЛУ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АРБИТРАЖНОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО, ДУМАЕТСЯ НЕВЕРНЫМ ДОЖИДАТЬСЯ НЕГАТИВНЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ФАКТИЧЕСКИ СВЯЗАННОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ЕГО ОТСТРАНЕНИЯ

представление конкурсным управляющим интересов кредитора до даты своего утверждения не свидетельствует о заинтересованности, добавив, что заявителем не представлено убедительных оснований полагать, что данное обстоятельство окажет негативное влияние на надлежащее исполнение конкурсным управляющим обязанностей, предусмотренных Законом о банкротстве¹⁹. Арбитражный суд Московского округа в аналогичном споре указывает, что отсутствие неоднократных грубых умышленных нарушений не позволяет отстранить управляющего по одному лишь основанию представления интересов должника в прошлом²⁰.

¹⁶ Постановление АС Уральского округа от 25.02.2019 по делу № А60-48146/2013.

¹⁷ Определение АС города Москвы от 06.07.2020 по делу № А40-173401/2019.

¹⁸ См.: Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.03.2021 № Ф10-1143/2020 по делу № А23-1189/2019; Постановление 1ААС от 28.12.2021 № 01АП-7617/2021 по делу № А43-17008/2021.

¹⁹ Постановление АС Дальневосточного округа от 28.06.2017 № Ф03-2261/2017.

²⁰ Постановление АС Московского округа от 18.06.2019 по делу № А40-109713/2014.

Первый подход видится более обоснованным. В силу публично-правового характера деятельности арбитражного управляющего, подчеркнутого Конституционным судом РФ²¹, думается неверным дожидаться негативных последствий деятельности фактически связанного управляющего для целей его отстранения. Именно в целях превенции злоупотреблений в делах о банкротстве (в том числе в случаях, когда признаки заинтересованности выявлены после утверждения) считаем достаточным для отстранения самого факта отношений по представительству между управляющим и другими участниками дела о банкротстве.

2 Представление интересов противоположной стороны близким родственником управляющего.

К примеру, Арбитражный суд Западно-Сибирского округа подчеркнул, что супруг арбитражного управляющего, представляя интересы должника до открытия конкурсного производства, противопоставлял интересы руководителя должника задачам, реализуемым временным управляющим в процедуре наблюдения²². В споре, дошедшем до Арбитражного суда Центрального округа, был рассмотрен казус с матерью управляющего, которая на протяжении трех лет представляла интересы конкурсного кредитора в судах общей юрисдикции. Судом округа была высказана позиция, в соответствии с которой наличие у финансового управляющего родственных отношений с представителем кредитора само по себе создает условия для возможного конфликта интересов между финансовым управляющим, кредиторами и должником²³. В другом деле, рассмотренном Арбитражным судом Волго-Вятского округа, судом был признан обоснованным вывод судов нижестоящих инстанций о фактической аффилированности, выраженной в том, что супруг управляющего длительное время был адвокатом единственного участника должника. Кроме того, судом также было учтено, что требования мажоритарного кредитора, который предложил кандидатуру управляющего, не были в достаточной степени исследованы последним без уважительных на то причин²⁴.

Оценивая указанные позиции судов по рассматриваемой типовой ситуации, отметим его большую сложность. По мнению автора, при оценке родственных отношений между управляющим и представителем противоположной стороны во внимание должна быть принята совокупность фактических обстоятельств. К примеру, важно учитывать длительность представления интересов, наличие нарушений, допущенных арбитражным управляющим в процессе исполнения возложенных на него полномочий. Разумным также является возложение обязанности обосновывать фактическую заинтересованность управляющего посредством оценки его бездействий, например, пассивность при рассмотрении требований кредиторов, обладающих крупным размером задолженности и т. д.

Отдельного внимания заслуживают родственные отношения управляющего с представителем так называемых системных кредиторов (крупных банков, государственных корпораций и уполномоченных органов). Допустим, супруга управляющего работает в банке, на сопровождении которого находятся тысячи дел о банкротстве. Было бы несправедливо поддерживать практику отстранения арбитражного управляющего на предложенном основании.

3 Управляющий и противоположная сторона связаны через представителя (одну группу представителей). В данном случае в судебной практике также обнаруживается два подхода.

В соответствии с первым из них, наличие общего представителя у управляющего и кредитора свидетельствует о фактической аффилированности между ними. Так, Арбитражным судом Республики Хакасия при отстранении арбитражного управляющего от исполнения обязанностей принято во внимание наличие у конкурсного управляющего и кредитора общего представителя, а также факт систематического представления кандидатур друг друга в целях утверждения арбитражными управляющими в других делах²⁵. В рамках этого дела уже судом апелляционной инстанции подчеркнуто, что формальное отсутствие установленных признаков заинтересованности между арбитражным управляющим и кредитором не препятствуют арбитражному суду

²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева».

²² Постановлении АС Западно-Сибирского округа от 16.11.2016 по делу № Ф04-3227/2016.

²³ Постановление АС Центрального округа от 26.04.2021 по делу № А09-4515/2019.

²⁴ Постановление АС Волго-Вятского округа от 18.03.2022 N Ф01-8111/2021 по делу № А29-13941/2019.

²⁵ Определение АС Республики Хакасия от 26.04.2021 по делу № А74-3267/2017.



оценивать иные обстоятельства, свидетельствующие о фактической аффилированности²⁶. В другом деле Арбитражный суд Московского округа признал законным вывод суда апелляционной инстанции о том, что основанием для отстранения управляющего является фактическая аффилированность конкурсного управляющего по отношению к кредитору, выраженная в том, что управляющего представлял адвокат, входящий в коллегиальный орган адвокатского бюро, члены которого представляли кредитора должника и его единственного участника²⁷. В деле, рассмотренном Арбитражным судом Центрального округа, также была дана негативная оценка тому факту, что управляющим и должником к представлению своих интересов в разные периоды времени привлекалось одно и то же лицо²⁸.

Вместе с тем суды, занимающие противоположную позицию, отмечают, что наличие одного представителя у управляющего и кредитора не является основанием для отстранения первого²⁹. Так, тот же Арбитражный суд Московского округа, ограничившись буквальным толкованием

ст. 19 Закона о банкротстве, в двух разных делах отметил, что представительство одними и теми же представителями не является тем видом связи, предусмотренным пунктом 3 статьи 19 Закона о банкротстве, который мог бы поставить под сомнение беспристрастность арбитражного управляющего в деле о банкротстве³⁰.

В случае с третьей группой ситуаций связанности через представителя автор склонен к признанию обоснованной первой позиции. Не секрет, что большинство процедур контролируются либо связанными с должником кредиторами, либо кем-либо из мажоритарных кредиторов. Для целей такого контроля интересанты прибегают к помощи юридических компаний, оказывающих услуги по комплексному сопровождению процедур («банкротство под ключ»), вследствие чего над целым рядом проектов работает одна группа юристов, представляющих интересы противоположных сторон.

Как было отмечено выше, одной из особенностей процессуального представительства выступает то, что представитель действует в интересах своего

²⁶ Постановление 3ААС от 17.08.2021 по делу № А74-3267/2017.

²⁷ Постановление АС Московского округа от 23.03.2022 № Ф05-5596/2019 по делу № А40-235260/2017.

²⁸ Постановление АС Центрального округа от 07.02.2022 № Ф10-4850/2021 по делу № А54-9659/2017.

²⁹ См.: Постановление 9ААС от 20 марта 2019 г. по делу № А40-98294/2012; Постановление 13ААС от 10.06.2021 № 13АП-14535/2021 по делу № А56-77507/2015/ход.3.

³⁰ См.: Постановление АС Московского округа от 06.07.2021 № Ф05-20710/2018 по делу № А40-233741/2017; Постановление АС Московского округа от 15.10.2021 по делу № А40-5741/2019.

доверителя. Из этого можно вывести заключение о том, что если лицо представляет две противоположные стороны в рамках дела о банкротстве (допустим, кредитора и арбитражного управляющего), то в его действиях определенно присутствует конфликт интересов и противоположные стороны фактически преследуют одни цели и решают одни задачи. Так, если действия участников процесса носят скоординированный характер, а их интересы представляет один юрист (одна группа юристов), то сомнения в независимости и беспристрастности управляющего вполне обоснованы.

На основании изложенного материала автор считает необходимым сделать несколько итоговых замечаний по рассматриваемому вопросу.

В целях сохранения баланса противоположных интересов, свойственных отношениям несостоятельности, при назначении (отстранении) арбитражного управляющего во внимание должны быть приняты признаки фактической аффилированности последнего по отношению к противоположной стороне.

Фидуциарный характер института представительства не должен выступать неопровержимой презумпцией доверительных отношений между сторонами. В силу определенной специфики рассматриваемого вопроса в каждом деле необходимо исследовать цель сложившихся между сторонами отношений и совокупность действий по ее достижению. Единственный факт выдачи доверенности на имя арбитражного управляющего не свидетельствует о доверительном характере отношений между ними.

Анализ судебной практики позволяет сделать вывод об отсутствии единого подхода при оценке

представительства как обстоятельства, доказывающего фактическую связанность сторон. По этой причине считаем, что в спорах об отстранении управляющих от исполнения возложенных на них обязанностей необходимо придерживаться следующих ориентиров:

- в целях превенции возможных злоупотреблений в рамках дела о банкротстве факт личного представления арбитражным управляющим интересов противоположной стороны является достаточным основанием для отклонения кандидатуры управляющего или его отстранения;
- наличие родственных отношений управляющего с представителем противоположной стороны может являться основанием для отстранения, только если в материалах дела представлена совокупность косвенных доказательств, подтверждающих, что активное взаимодействие близкого родственника управляющего с последним негативно влияет на исполнение возложенных на него обязанностей;
- наличие одного представителя (одной группы предста-

вителей) должно максимально негативно оцениваться судами, поскольку в такой ситуации предполагается, что стороны преследуют одни цели, а потому отстранение также должно носить превентивный характер.

Представляется, что в дальнейшем более пристального внимания заслуживают факты комплексного представительства интересов кредиторов и управляющего, поскольку подобная практика в большей степени ущемляет интересы независимых кредиторов.

В ДАЛЬНЕЙШЕМ БОЛЕЕ ПРИСТАЛЬНОГО ВНИМАНИЯ ЗАСЛУЖИВАЮТ ФАКТЫ КОМПЛЕКСНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА ИНТЕРЕСОВ КРЕДИТОРОВ И УПРАВЛЯЮЩЕГО, ПОСКОЛЬКУ ПОДОБНАЯ ПРАКТИКА В БОЛЬШЕЙ СТЕПЕНИ УЩЕМЛЯЕТ ИНТЕРЕСЫ НЕЗАВИСИМЫХ КРЕДИТОРОВ



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научные источники:

1. Эрлих М.Е. Конфликт интересов в процессе несостоятельности (банкротства): Правовые средства разрешения: Монография. Издательство «Проспект». 2014.

2. Дорохина Е. Г. Правовой статус арбитражного управляющего в деле о банкротстве организации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М. – 2004. 32 с.
3. Габов А.В. Аффилированность в делах о несостоятельности (банкротстве) // Гражданское право социального государства: сборник статей, посвященный 90-летию со дня

- рождения профессора А.Л. Маковского (1930 - 2020) / А.Г. Архипова, А.В. Асосков, В.В. Безбах и др.; отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2020.
4. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Одиннадцатое издание. Т. 1. Москва. Издание Бр. Башмаковых. 1914. 497 с.
 5. Советское гражданское право: учебник / Под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина. Т. 1. Л., 1971.
 6. Щенникова Л. В. Доверенность как единство доверия и верности и практические вопросы, связанные с ее нотариальным удостоверением // Нотариальный вестник. 2021. №. 8. С. 21-34.
 7. Муратова А.Р. Институт представительства в гражданском праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. 24 с.
 8. Королева В.В. Судебное представительство в гражданском и арбитражном процессе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Омск, 27 апреля 2018 г. С. 108-116.
 9. Потапова Л.В. Особенности института судебного представительства в цивилистическом процессе // Администратор суда. 2021. № 1. С. 30-33.
 10. Кублов Р.М. Сравнительная характеристика представительства в гражданском и арбитражном процессе // Актуальные вопросы современной науки. 2014. № 18. С. 342-352.
 11. Алоян Э.С. Институт представительства в цивилистическом процессуальном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2021. 22 с.
 12. Коротков Д. Б. Место и роль дефиниций «представительство» и «доверенность» в российском законодательстве // Вестник Пермского Университета. Юридические науки. 2014. №. 1 (23). С. 118-124.
 19. Определение Арбитражного суда города Москвы от 06.07.2020 г. по делу № А40-173401/2019.
 20. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.03.2021 г. № Ф10-1143/2020 по делу № А23-1189/2019.
 21. Постановление Первого Арбитражного апелляционного суда от 28.12.2021 г. № 01АП-7617/2021 по делу № А43-17008/2021.
 22. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 28.06.2017 г. № Ф03-2261/2017 по делу № А73-11647/2015.
 23. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.06.2019 г. № Ф05-10379/2015 по делу № А40-109713/2014.
 24. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19.12.2005 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // Вестник Конституционного суда РФ. № 1. 2006.
 25. Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.11.2016 г. по делу № Ф04-3227/2016 по делу № А46-11820/2015.
 26. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.04.2021 г. по делу № А09-4515/2019.
 27. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18.03.2022 г. № Ф01-8111/2021 по делу № А29-13941/2019.
 28. Определение Арбитражного суда Республики Хакасия от 26.04.2021 г. по делу № А74-3267/2017.
 29. Постановление Третьего Арбитражного апелляционного суда от 17.08.2021 г. по делу № А74-3267/2017.
 30. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.03.2022 г. № Ф05-5596/2019 по делу № А40-235260/2017.
 31. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 07.02.2022 г. № Ф10-4850/2021 по делу № А54-9659/2017.
 32. Постановление Девятого Арбитражного апелляционного суда от 20.03.2019 г. по делу № А40-98294/2012.
 33. Постановление Тринадцатого Арбитражного апелляционного суда от 10.06.2021 г. № 13АП-14535/2021 по делу № А56-77507/2015/ход.3.
 34. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.07.2021 г. № Ф05-20710/2018 по делу № А40-233741/2017.
 35. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15.10.2021 г. по делу № А40-5741/2019.

Нормативно-правовые акты:

13. О несостоятельности (банкротстве): федер. закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 30.12.2021 г.) (с изм. от 03.02.2022 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 43.

Судебная практика:

14. Обзор судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 20.12.2016) (ред. от 26.12.2018) // Бюллетень Верховного суда РФ. 2017. № 9.
15. Определение Верховного суда Российской Федерации от 26.05.2017 г. № 306-ЭС16-20056(6) по делу № А12-45751/2015.
16. Определение Верховного суда Российской Федерации от 15.06.2016 г. № 308-ЭС16-1475 по делу № А53-885/2014.
17. Определение Верховного суда Российской Федерации от 29.05.2020 г. № 305-ЭС19-26656 по делу № А41-23442/2019.
18. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.02.2019 г. № Ф09-7232/16 по делу № А60-48146/2013.

Электронные ресурсы:

36. Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности // URL: <https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency> (дата обращения: 15.04.2022).
37. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства // URL: http://www.consultant.ru/edu/student/download_books/book/pobedonoscev_kp_kurs_grazhdanskogo_prava_ch_ii_dogovory_i_obyazatelstva/.



УДК 34.01



**Дзыза Александр
Александрович**
(alx.dzyza@yandex.ru)

Студент 2 курса бакалавриата
Юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова
Aleksandr Dzyza
2nd -year student of bachelor
program of Law faculty
of Lomonosov MSU

Научный руководитель:

Маковская Александра Александровна

к.ю.н., доцент кафедры гражданского
права Юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова

Academic supervisor:

Alexandra Makovskaya

Ph. D. in Law, Associate Professor
of the Department of Civil Law
Law faculty, Lomonosov MSU

ПОДХОДЫ К ПРАВОВОМУ РЕГУЛИРОВАНИЮ И ВОЗМОЖНЫЕ ТОЛКОВАНИЯ РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА: ОПЫТ РОССИИ И ВЕЛИКОБРИТАНИИ

WAYS OF LEGAL REGULATION AND POSSIBLE INTERPRETATIONS OF THE RESTRUCTURING OF A LEGAL ENTITY IN RUSSIA AND THE UK

АННОТАЦИЯ: Корпоративное право является одной из наиболее динамично развивающихся и меняющихся отраслей отечественного права, чем обусловлена необходимость точного понимания и исследования ее положений и институтов, в том числе реорганизации. Данная процедура рассматривается автором в системном единстве с природой юридического лица. Автором прослеживаются концептуальные различия в понимании юридического лица в европейском праве вследствие неодинаковой степени рецепции римского права посредством сравнительно-правового анализа российского и английского права. Выводом служит гипотеза о существовании двух подходов к регулированию и толкованию реорганизации юридического лица.

К Л Ю Ч Е В Ы Е С Л О В А : сравнительное право, корпоративное право, российское право, английское право, реорганизация, юридическое лицо, субъект права.

ANNOTATION: Corporate law is one of the most dynamically developing and changing branches of Russian law, which necessitates an accurate understanding and research of its provisions and institutions, including restructuring. This procedure is considered by the author in the context of the nature of a legal entity. The author traces the conceptual differences in understanding of a legal entity in European law due to differences in the application of Roman law through comparative legal analysis of Russian and English law. The conclusion is the hypothesis of the existence of two ways to the regulation and interpretations of the restructuring of a legal entity.

KEY WORDS: comparative law, corporate law, Russian law, English law, restructuring, legal entity, subject of law.

Вопрос субъектного состава гражданских правоотношений остается по-прежнему достаточно актуальной проблемой цивилистики¹, в том числе относительно изменения состава конкретных участников гражданского оборота. В самом широком охвате данная проблематика включает множество положений, касающихся как «начала» правового существования субъектов гражданского права, так и «прекращения» такой их бытности; например, при рождении и смерти индивидов, если вести речь о физических лицах. В отношении же лиц юридических также предусмотрены подобные положения, например, об их государственной регистрации и ликвидации. Между тем, наряду с названными ситуациями начала и прекращения правового существования, для юридических лиц допускается также как бы «перемена» их бытности, которая реализуется посредством процедуры реорганизации. Ее рассмотрение именно в качестве изменения (или перемены) существования лица обуславливается, во-первых, тем, что она

¹ Актуальные проблемы гражданского права: учебник для магистратуры / под ред. Р.В. Шагиевой. – М.: Директ-Медиа, 2019 – 444 с.

не сводится лишь к способу возникновения или прекращения его существования², а во-вторых, тем, что реорганизация не является всего лишь механическим сложением двух названных ситуаций. Как отмечает профессор Н.В. Козлова, в отношении реорганизации «речь идет об изменении внутренней структуры организации «...», а также содержания и оснований возникновения, изменения и прекращения связей между ее элементами»³.

Таким образом, реорганизация мыслится дополнительной опцией существования именно юридического лица как субъекта права. Благодаря такой уникальности, с одной стороны, появляется возможность через призму исследования данной процедуры выявить особенности рассматриваемого лица и сформулировать его соответствующее толкование и понимание; а с другой – обнаруживается обуславливающая связь между пониманием его природы и истолкованием осуществления его реорганизации, которая и возникает, вероятно, именно по причине особенностей существования юридического лица; данное положение влечет необходимость системного изучения рассматриваемого субъекта и процедуры. В свою очередь, конкретное истолкование обоих аспектов обуславливает установление соответствующего ему регулирования.

Таким образом, первоочередным вопросом для определения подхода к толкованию и последующему регулированию реорганизации является природа юридического лица как особого субъекта права. Вообще на примере развития представлений о субъекте правоотношений можно ясно проследить становление юридического знания в смысле естественного перехода от примитивного сбора информации об окружающей (будь то физической или

социальной) действительности к широким обобщениям и активному абстрагированию, порождающему идеальный понятийный аппарат⁴. Такой переход произошел, например, в математике, когда при совершении операций между различными материальными объектами перестали обращать внимание на их физические свойства, но стали мыслить о них лишь как о количественных выражениях, то есть когда возникло понятие о числе⁵. В юридической же науке такой переворот усматривается в постепенном переходе от рассмотрения в качестве субъекта протоправоотношений инди-

вида по причине неразвитости абстрактного мышления до применения возникшего в римском праве отвлеченного понятия *persona* (лицо), отражающего суть гражданских правоотношений как взаимодействия не конкретных индивидов, но как взаимодействия взятых лишь в их социально-значимых свойствах индивидуумов, абстрагированных от каких-либо физических, биологических и прочих материальных различий⁶.

Между тем даже при такой абстракции все еще достаточно ясно прослеживается природа

такого *persona*, поскольку возможно произвести соотношение между определенным лицом и представляемой им в праве материальной сущностью, а именно установить единичную, постоянную и ограниченную человеческой жизнью связь, собственно, между индивидуумом и *persona*; иными словами, между лицом в праве и материальным носителем социально-значимых свойств, благодаря которым он и представлен в праве. Вероятно, именно такое представление стало основанием для последующего развития абстракции в направлении признания в качестве *persona* даже таких носителей социально-значимых свойств,

**ПЕРВООЧЕРЕДНЫМ
ВОПРОСОМ ДЛЯ
ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОДХОДА
К ТОЛКОВАНИЮ
И ПОСЛЕДУЮЩЕМУ
РЕГУЛИРОВАНИЮ
РЕОРГАНИЗАЦИИ
ЯВЛЯЕТСЯ ПРИРОДА
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА
КАК ОСОБОГО
СУБЪЕКТА ПРАВА**

² Хотя такое понимание существовало в дореволюционном праве, см.: Нуждин Т.А. Комбинированная реорганизация коммерческих организаций: диссертация кандидата юридических наук: 12.00.03. – Санкт-Петербург, 2019. – 456 с.

³ Гражданское право: учебник в 4 томах: 2-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2019 – Т. 1. – 575 с.

⁴ Философия науки: учеб. пособие для магистров: 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. С. А. Лебедева. – М.: Юрайт, 2015 – 296 с.

⁵ ЧИСЛО // Большая российская энциклопедия. / научно-редакционный совет: председатель – Ю. С. Осипов и др. – М.: Большая Российская энциклопедия, 2004-2017 – Т. 34. – С. 599-600.

⁶ Дождев, Д. В. Римское частное право: учебник: 3-е изд., испр. и доп. / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2022. – 784 с.

в отношении которых невозможно или, по крайней мере, весьма затруднительно обнаружить однозначное соотношение, подобное первоначально-понятой связи между индивидуумом и *persona* в смысле физических лиц. Такими лицами нового уровня абстракции, в первую очередь, явились собрания (или союзы) множества индивидуумов⁷. Данные *persona* именуются в отечественном праве юридическими лицами, и в отношении них еще в XIX возникло множество попыток объяснения их природы⁸.

Между тем еще в XIX веке профессор Л.Л. Герваген попытался произвести обобщение всего множества таких учений посредством их группирования на четыре отдела⁹, которым может быть дано следующее описание: так, одни ученые рассматривают природу юридического лица как заведомо ложное (фиктивное) применение понятия *persona* в отношении того, что лицом в праве являться не может по причине связанности данного понятия лишь с индивидуумами; другие, признавая фиктивность юридического лица, все же настаивают на выяснении стоящего за ним материального субстрата; третьи рассматривают его лишь как пример законодательной техники; четвертые, наконец, признают за юридическим лицом полное право рассматриваться в качестве *persona*, поскольку между юридическим лицом и им репрезентируемым носителем социально-значимых свойств возможно обнаружить такую же однозначную связь, как между индивидуумом и физическим лицом.

Вышеприведенная классификация остается актуальной и поныне¹⁰. Между тем в современной литературе уже справедливо отмечалось, что в целом среди вышеприведенных групп позиций ученых-цивилистов можно выделить два основных («магистральных») подхода к пониманию природы юридического лица¹¹, которые являются не только лишь наиболее фундаментальными учениями о юридическом лице, но и концепциями, способными возыметь определяющее воздействие на

регулирование института юридического лица. Первым магистральным учением является совокупность концепций первых трех квалификационных отделов, которые сводимы к «фиктивной теории», отрицающей репрезентацию юридическим лицом в праве материального носителя социально-значимых свойств; тогда такое лицо представляет собой лишь некое «обособленное имущество»¹², по поводу которого «реальные» физические лица (индивидуумы) устанавливают между собой отношения с целью реализации этого имущества для совместного получения прибыли от такой реализации или достижения иных общих целей; а понятием *persona* эта конструкция заменяется в праве лишь по соображениям удобства для гражданского оборота. Второе магистральное учение сводится к четвертому выше рассмотренному отделу концепций, которые усматривают за юридическим лицом не просто некое имущество и даже не некие социальные отношения по поводу него, а самостоятельный материальный носитель социально-значимых свойств, подобный индивидууму; тогда понятие *persona* как в отношении физического, так в отношении юридического лица имеет за собой такое же реальное основание.

В отношении представленных магистральных концепций можно проследить их распределение среди правовых систем через исторически сложившуюся разделенность европейского права на правовые порядки *civilian tradition* и *common law*¹³. Первый отдел европейского права представлен правовыми порядками, сложившимися из факта непосредственного применения правовой системы римского государства пришедшими ему на смену германскими народами, расселившимися по романизированной почти в абсолютной степени континентальной части Европы и включившимися всем своим социальным естеством в ставшее для них вследствие этого родным римское правовое наследие¹⁴. Второй же отдел европейского права включает правовые порядки, сложившиеся в романизированных

⁷ Суворов Н.С. О юридических лицах по римскому праву. – М.: Печатня Л.И. Снегиревой, 1900. – 352 с.

⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: 6-е изд., стер. – М.: Статут, 2013. – 349 с.

⁹ Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. – СПб: Тип. И. Н. Скороходова, 1888. – 106 с.

¹⁰ См., например, Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории: учеб. пособие для студентов вузов – М.: Статут, 2003 – 316 с.

¹¹ См. Еременко В.И. Юридические лица в российском праве: учеб. пособие – Новосибирск: Рос. акад. гос. службы при Президенте Рос. Федерации, Сиб. акад. гос. службы, 2004 – 175 с.

¹² Козлова, указ. соч.

¹³ См. об этом: Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. – Cape Town: Juta & Co, Ltd, 1992. – 1241 p.

¹⁴ См. об этом: Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 1998. № 4. С. 3-17.

**В ОТЛИЧИЕ ОТ ПРАВОПОРЯДКОВ
CIVILIAN TRADITION, В РАМКАХ
COMMON LAW КОНСТРУКЦИЯ
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА БЫЛА
ВЫРАБОТАНА СКОРЕЕ ДЛЯ
ОБЕСПЕЧЕНИЯ УДОБСТВА
ДОСТИЖЕНИЯ ЦЕЛЕЙ ЧАСТНЫХ
УЧАСТНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО
ОБОРОТА, ЧТО УЖЕ
СВИДЕТЕЛЬСТВУЕТ В ПОЛЬЗУ
РЕАЛИЗАЦИИ «ФИКТИВНОЙ ТЕОРИИ»**

областей на островной части Европы (Британских островах). Закономерно географической обособленности они оказались вовне прямой реализации римского юридического наследия в отличие от правовых порядков, испытавших на себе значительно большее его влияние. По этой причине английскому правовому порядку приходилось чаще самостоятельно творить правовую материю и даже воссоздавать те институты, которые приходили в континентальные правовые порядки напрямую из римского права и уже даже переходили на новую ступень теоретического рассмотрения; иными словами, английскому правовому порядку пришлось самостоятельно, зачастую исключительно из стремления к справедливости, выработать для себя многие известные из римского наследия институты права, на что указывает, в частности, профессор Р. Циммерман: «Даже там, где имелось некоторое влияние civilian tradition, решения английских судов и доктрина часто развивали право в ином направлении»¹⁵. Даже когда в Британии развернулось достаточно активное изучение римского права после XI века, то оно столкнулось с собственным и состоявшимся правовым регулированием многих аспектов социальной жизни, а все наиболее необходимые римские заимствования уже были сделаны ранее соразмерно уровню романизации британских островов, а также через церковное влияние, например, в отношении семейного права¹⁶.

Такое самостоятельное развитие английского права обнаруживается также относительно корпоративной отрасли. В отношении правовых порядков civilian tradition можно сделать обоснованное предложение, что сама концепция юридического лица перешла к ним непосредственно из римского права. В свою очередь представляется неверным понимание факта возникновения в римском праве концепции юридического лица как некоей потребности коммерческого или гражданского оборота, что уже свидетельствует против признания «фиктивной теории» как магистральной концепции юридического лица в римском праве. Представляется, что его следует понимать как результат естественной рефлексии римских юристов в отношении конструкций, которые возникают вместе с обществом и неминуемо существуют в нем. Иными словами, римское юридическое лицо обусловлено причинами всеобщего социального характера, поскольку в римском праве в качестве persona возводились первоначально такие коллективные обособленные социальные образования, как религиозные коллегии¹⁷, появление которых в свою очередь представляется неизбежным, даже необходимым, для самого архаического общества¹⁸; в этом обнаруживается обозначенная имманентность данных конструкций. В этом смысле в отношении римского права и в определенной степени каждого из правовых порядков civilian tradition как его прямых наследников и даже продолжателей возникновение феномена юридического лица следует связывать с причинами объективного характера.

В отличие от правовых порядков civilian tradition, в рамках common law конструкция юридического лица была выработана скорее для обеспечения удобства достижения целей частных участников гражданского оборота, что уже свидетельствует в пользу реализации «фиктивной теории». Феномен юридического лица в английском праве был сформирован в недрах прецедентной системы в попытках обнаружить удобство и справедливость для социального взаимодействия, на что указывал судья Верховного суда США профессор Холмс: «Жизнь [общего]¹⁹ права никогда не представляла собой

¹⁵ Перевод авторский. Zimmermann, op cit.

¹⁶ Winkler J. Roman law in Anglo Saxon England // The Journal of Legal History. 1992. № 2. P. 101-127.

¹⁷ Козлова, указ. соч.

¹⁸ По поводу необходимости такого рода «принудительных» коллективов, см.: Покровский, указ. соч.

¹⁹ Прим. автора данной статьи.



логику, но всегда была выражением опыта»²⁰. Закономерно этому в системе common law закрепление как самого юридического лица, так и известных правовым порядкам civilian tradition его свойств произошло далеко не сразу. Например, прекрасно известный еще римскому праву²¹ принцип отделения участников юридического лица от самого юридического лица был закреплен в английском праве лишь в самом конце XIX века после разрешения дела *Salomon v Salomon & Co*²² в 1897 году²³.

Таким образом, можно гипотетически предположить, что в рамках римского права и в определенной степени правовых порядков civilian tradition понимание юридического лица основывается на логической и юридической рефлексии правоведов в отношении необходимых социальных явлений, тогда как в отношении английского права и системы common law юридическое лицо является

попыткой обеспечить улучшение и упрощение для частных лиц участия в коммерческом обороте, своего рода инструмент, но никак не формально-юридическое объективное явление. Такое представление о юридическом лице отмечается в том числе в английской юридической литературе: «Компания – это лишь средство, с помощью которого собственность и связанные с ней права многочисленных естественных лиц могут быть объединены и преобразованы для цели эффективного использования; компания – это средство, предусмотренное законом для достижения этой цели»²⁴.

В качестве примера правового порядка civilian tradition можно обратиться к отечественной правовой системе, которая относится к континентальным правовым порядкам. По этой причине в отношении российского правового порядка можно обоснованно предполагать, что его отношение к юридическому лицу должно

²⁰ Перевод авторский. Holmes O.W. The Common Law. – Toronto.: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. – P. 381.

²¹ Суворов, указ. соч.

²² United Kingdom House of Lords Decision [1896] *Salomon v A Salomon & Co Ltd* // URL: bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html.

²³ Gower L.C.B. The Principles of Modern Company Law: 7th edition / edited by Paul L. Davies. – London: Sweet & Maxwell, 2003. – P. 983.

²⁴ Перевод авторский. Murray A. Pickering. The Company as a Separate Legal Entity // The Modern Law Review. 1968. № 5 P. 481-511.

выстраиваться не в духе «фиктивной теории» и стремления обеспечения потребности оборота, как в английском праве, но должно прослеживаться вышеописанное римское формально-юридическое и объективное понимание юридического лица. В отечественной литературе указывается, что российским правопорядком был сделан выбор либо в пользу некой гибридной модели римского объективизма и фиктивного представления²⁵, либо же в целом на неразрешенность в полной мере данного вопроса, что наиболее ясно прослеживается, пожалуй, на чередке изменений положения пункта 1 статьи 53 Гражданского кодекса РФ²⁶ относительно природы органов юридического лица. Так, в редакции от 05.05.2014 пункта 1 статья 51 говорит об их представительском характере со ссылкой на статью 182 Гражданского кодекса, что в целом свидетельствовало о реализации в российском праве «фиктивной теории» как магистральной концепции юридического лица, на что указывал, например, Р.С. Бевзенко²⁷. Однако в редакции данной нормы от 29.06.2016 упоминаний о представительском характере или ссылки на положения статьи 182 уже нет. Между тем Верховный суд Российской Федерации в своем Постановлении №25 от 23.06.2015 в пункте 121, кажется, признает такой представительский характер органов юридического лица, как на это указывает, например, А.В. Егоров²⁸; однако замечание Верховного суда не о прямом применении института представительства, а лишь о применении отдельных положений о нем, а также фраза о некоем «особом характере представительства юридического лица» не позволяют говорить в полной мере о реализации характерного для «фиктивной теории» рассмо-

трения органов юридического лица в качестве его представителей, а значит, самой данной теории как магистральной концепции юридического лица в российском праве.

На основе вышеизложенного можно заметить некоторые отличия российского понимания природы юридического лица от свойственного английской правовой системе, что в свою очередь, как предполагается, должно приводить к различию в правовом регулировании и толковании процедуры

реорганизации, поскольку, как отмечалось в начале настоящего исследования, вопросы о природе рассматриваемой процедуры и лица являются взаимобообуславливающими.

В отношении правового регулирования процедуры реорганизации между российским и английским правом как представителями систем *civilian tradition* и *common law* продолжает прослеживаться намеченный выше антагонизм. В английском корпоративном праве вовсе отсутствует отдельное понятие о реорганизации юридического лица²⁹, поскольку оно, как установлено выше в настоящем исследовании, рас-

сматривается в правопорядках *common law* исключительно как инструментальный феномен обеспечения удобства коммерческого оборота, а значит, для перемены правового существования юридического лица достаточно попросту применять обычные правовые средства, чтобы обеспечить переход имущества от одного иллюзорного лица к другому, что в совокупности с процедурами регистрации и ликвидации позволяет произвести все возможные варианты реорганизации. В отличие от английского права в правопорядках *civilian tradition* на законодательном уровне предусмотрены

В ОТНОШЕНИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОЦЕДУРЫ РЕОРГАНИЗАЦИИ МЕЖДУ РОССИЙСКИМ И АНГЛИЙСКИМ ПРАВОМ КАК ПРЕДСТАВИТЕЛЯМИ СИСТЕМ CIVILIAN TRADITION И COMMON LAW ПРОДОЛЖАЕТ ПРОСЛЕЖИВАТЬСЯ НАМЕЧЕННЫЙ ВЫШЕ АНТАГОНИЗМ

²⁵ См., например: Еременко, указ. соч.

²⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ Бевзенко Р.В. Директор как представитель юридического лица: исповедь неопита // Персональный блог Р.В. Бевзенко на zakon.ru URL: https://zakon.ru/blog/2014/10/21/direktor_kak_predstavitel_yuridicheskogo_lica_ispoved_neofita (дата обращения: 26.05.2022 г.).

²⁸ Егоров А.В. Директор - Орган? - Да! Представитель? - Тоже да! // Арбитражная практика для юристов, электронный журнал, подписка, свежий номер, архив номеров. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/351812> (дата обращения: 26.05.2022 г.).

²⁹ Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании: законодательство, прецеденты, коммент. – Киев.: Юстиниан, 2003. – С. 363.

отдельные процедурные нормы реорганизации³⁰, в том числе в российском праве. Причиной неодинаковости (скорее даже некой противоположности) правового регулирования реорганизации в рассматриваемых отделах европейского права закономерно является фундаментальное различие в понимании природы юридического лица: английский подход к регулированию реорганизации соответствует заложенной фикционной теории, тогда как подход правопорядков *civilian tradition* основывается на римском отношении к юридическому лицу скорее как к объективному явлению и в этом смысле исходит из «объективной теории», склоняющейся к признанию данного лица настолько же реальным, насколько реально и физическое лицо. Отнесение российского права к континентальным системам и соответствие его регулирования реорганизации заложенному в них подходу в очередной раз свидетельствует в пользу признания римского объективизма в качестве магистрального подхода к пониманию природы юридического лица. Обосновать данные гипотетические утверждения можно, обратившись к конкретным положениям английского и российского права и практике их применения.

Показательной иллюстрацией приведенных положений является сравнение предусмотренных российским законодательством форм реорганизации с их английскими аналогами, а именно процедур слияния, присоединения и преобразования³¹ коммерческих корпораций: акционерного общества по российскому праву и *public LLC by shares*³² по английскому праву.

Слияние, по смыслу положений статьи 16 Федерального закона «Об акционерном обществе»³³ (далее – акционерный закон), – создание нового юридического лица из нескольких предшествующих при условии последующего прекращения их существования. Для самой возможности осуществления сравнительно-правового исследования

данное положение необходимо выразить абстрактно. В самом общем смысле при «слиянии» происходит переход всего существующего на стороне нескольких лиц в гражданско-правовом смысле на сторону нового лица, которое как бы «включает» в себя два предшествующих юридических лица при условии, что оно создается или было создано с целью «вместить» в себя несколько иных юридических лиц. Под данное положение в рамках английского права подпадает законодательно-закрепленная процедура *merger*, урегулированная в главе 2 части 27 *Companies Act 2006*³⁴, чья реорганизационная природа уже не раз отмечалась в литературе наряду с процедурами *takeover* и *re-registration*³⁵, речь о которых пойдет далее. Процедура *merger* подразумевает переход предприятий, имущества и обязательства нескольких компаний к другой компании, которая либо создается первоначальными компаниями в рамках самой договоренности о *merger* (статья 904 пункт 1, подпункт а), либо уже была ранее создана (статья 904 пункт 1, подпункт б), то есть была учреждена ввне договоренности о *merger*, хотя, вероятно, все же именно для осуществления «слияния», поскольку в ином случае необходимо было бы вести речь о поглощении одной компанией других (*takeover*).

Вместе с процедурой *merger* традиционно рассматривается *acquisition*, которая не получила законодательного регулирования в *Companies Act* и отчасти по этой причине, вероятно, обычно не включается в перечень форм реорганизации по английскому праву³⁶. Между тем по своей природе она представляет точно такое же установление контроля одной компанией над другой, как и процедура *merger*. В рамках *acquisition* осуществляется выкуп одной компанией *shares* другой компании вопреки воле ее *shareholders*, тогда как процедура *merger* рассматривается в качестве совместного, желаемого обоими компаниями взаимовыгодного действия³⁷. Таким различием, вероятно, обусла-

³⁰ Примером такого может служить так право ФРГ, в котором по поводу реорганизации выпущен целый отдельный закон (*Umwandlungsgesetz*).

³¹ Данные формы по п. 1 ст. 57 ГК РФ являются наиболее показательными, поскольку в отношении выделения и разделения столько точных аналогов в английском праве не существует.

³² Данная форма подразумевает возможность распространения своих *shares* (пай, доля) по открытой подписке среди неограниченного круга лиц.

³³ Федеральный закон «Об акционерном обществе» // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ *Companies Act 2006* // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>

³⁵ См., например: Юридические лица в гражданском праве зарубежных стран: монография / отв. ред. Н.Г. Семилютина. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015 – 432 с.; или Кибенко, указ. соч.

³⁶ Семилютина, указ. соч.

³⁷ *Different types of mergers and acquisitions (and how to benefit from them)* // Knowledge Hub by Harper James law firm. URL: <https://harperjames.co.uk/article/types-of-mergers-and-acquisitions> (дата обращения: 26.05.2022 г.).

вливается установление законодательного регулирования именно процедуры merger, поскольку таким образом возможно обеспечить удобство, справедливость и определенность реализации воли shareholders, так как английская корпоративно-правовая материя возникает именно тогда, когда необходимо обеспечить удобство гражданского оборота, на что обращалось внимание выше в настоящем исследовании.

Приведенное описание процедуры merger и acquisition соответствует приведенному абстрактному определению реорганизационного «слияния», когда новое юридическое лицо начинает как бы включать в себя два предшествующих юридических лица, пусть даже это происходит путем перехода корпоративного контроля как способности участника корпорации определять ее «политику» и ее жизнь в целом³⁸ вследствие выкупа одной компанией shares в другой компании³⁹. Такова специфика понимания юридического лица в системе common law и вышеописанной фикционной теории, когда действительно для реорганизации как перемены правового существования юридического лица достаточно попросту произвести изменение установленных между «реальными» физическими лицами отношений по поводу реализации обособленного имущества⁴⁰ как «совокупности принадлежащих субъекту гражданского права вещей, имущественных прав и обязанностей»⁴¹. Изменение данных отношений отождествляется с переменной корпоративного контроля.

В российском праве «слияние» предусматривается исключительно как закрепленная в законодательстве процедура, в положениях о которой акцент сделан на универсальном правопреемстве и его регистрации. Как и в английском праве, в российском правовом порядке также предусматривается заключение соглашения о создании нового юридического лица первоначальными лицами для слияния в нем, а также договоренностей по поводу конвертации долей. Между тем, если в рамках английского права законодательное регулирование «слияния» не является исчерпывающим (по

**ТАКОВА СПЕЦИФИКА ПОНИМАНИЯ
ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА
В СИСТЕМЕ COMMON LAW
И ВЫШЕОПИСАННОЙ ФИКЦИОННОЙ
ТЕОРИИ, КОГДА ДЕЙСТВИТЕЛЬНО
ДЛЯ РЕОРГАНИЗАЦИИ
КАК ПЕРЕМЕНЫ ПРАВОВОГО
СУЩЕСТВОВАНИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО
ЛИЦА ДОСТАТОЧНО ПОПРОСТУ
ПРОИЗВЕСТИ ИЗМЕНЕНИЕ
УСТАНОВЛЕННЫХ МЕЖДУ
«РЕАЛЬНЫМИ» ФИЗИЧЕСКИМИ
ЛИЦАМИ ОТНОШЕНИЙ ПО ПОВОДУ
РЕАЛИЗАЦИИ ОБОСОБЛЕННОГО
ИМУЩЕСТВА**

причине возможности его осуществления также посредством незакрепленного законодательно acquisition) и объясняется лишь обеспечением удобства гражданского оборота, то в российском праве регулирование законодательством является исключительным. Данное различие, наряду с возможностью при слиянии по российскому праву, позволяет не просто определить структуру и корпоративные документы будущей корпорации, но и состав его органов⁴², позволяет предположить наличие концептуального отличия существующего в российском праве понимания природы реорганизации юридического лица от принятого в английском, а значит, и различий в самом понимании юридического лица.

Еще ярче такая неодинаковость прослеживается в отношении процедуры присоединения, которая, по смыслу положения пункта 1 статьи 17 Акционерного закона, подразумевает прекращение существования одного или нескольких юридических лиц при передаче всех прав и обязанностей в пользу иного лица. В абстрактном и намеренно примитивном смысле под «присоединением»

³⁸ Силицын С.А. Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве: взаимосвязь права и экономики // Правовая мысль: история и современность. 2021. № 1. С. 4-36.

³⁹ Acquisition как «слияние» понимается в контексте подпункта b пункта 1 статьи 904 Companies Act, то есть когда слияние нескольких компаний осуществляется в рамках существовавшей ранее компании.

⁴⁰ Корпоративное право: учебник для студентов / отв. ред. И. С. Шиткина. – М.: Статут, 2019. – 728 с.

⁴¹ Суханов, указ. соч.

⁴² Абз. 2 п. 2 ст. 16 Акционерного закон.

понимается переход всего существующего на стороне одного юридического лица в гражданско-правовом смысле на сторону иного лица, которое как бы «включает» в себя присоединяемое юридическое лицо и продолжает свое неизменное существование. Под данное положение в рамках английского права подпадает лишь процедура takeover, которая урегулирована положениями части 28 Companies Act 2006, и, вероятно, именно по причине ее соответствия вышеприведенному абстрактному определению «присоединения» процедура takeover уже рассматривалась в литературе в качестве одной из реорганизационных форм по английскому праву без всяких оговорок⁴³.

В рамках рассматриваемой процедуры происходит разовая покупка одной компанией всех shares другой посредством специального предложения (takeover offer) при условии одинаковой цены за каждую share. Также «присоединение» в рамках английского права может быть осуществлено, вероятно, посредством acquisition. Между тем как в рамках acquisition, так и takeover очень ясно проявляется специфика английского права, понимающего в качестве реорганизации некую переменную корпоративного контроля.

Наилучшим образом специфический характер реорганизации по английскому праву проявляется в отношении процедуры преобразования юридического лица, под которым, по смыслу положения статьи 20 Акционерного закона, понимается переменная юридическим лицом своей организационно-правовой формы. В английском праве относительно некоторого числа возможных преобразований существуют специальные положения в разделе 7 Companies Act 2006 – т.н. процедура re-registration. Однако данные положения регулируют несущественные изменения в форме правового существования юридического лица,

так как описывают главным образом переходы между статусами private и public company. Более существенным изменением правовой формы лица представляется преобразование, например, из формы LLC by guarantee в LLC by shares и наоборот. Такие преобразования не регулируются английским позитивным правом по причине нежелательности таких преобразований, однако на практике осуществляются посредством правовых средств по изменению корпоративного контроля: создается новая компания необходимой формы, которая и приобретает преобразуемую компанию, которая после обычно ликвидируется⁴⁴.

Иными словами, реорганизация в форме преобразования в рамках английского права по поводу перехода между существенно разными организационно-правовыми формами вовсе осуществляется без всякой предусмотренной законодательно процедуры, отчасти потому что она и не требуется: участникам оборота достаточно тех правовых средств, что уже существуют, так как они позволяют осуществить такую переменную корпоративного контроля, которая будет означать реорганиза-

цию лица в форме «преобразования».

Таким образом, правовое регулирование и толкование процедуры реорганизации юридического лица испытывает огромное влияние той противоположности в понимании юридического лица, которая сложилась между отделами европейского права вследствие различной степени реализации римского правового наследия. В правовых порядках civilian tradition наследуется римское отношение к юридическому лицу как объективному явлению (реализуется «объективная теория» как магистральная концепция природы юридического лица). В правовых порядках common law речь ведется о практически самостоятельной выработке феномена юридического лица без влияния римского

**КАК В РАМКАХ
ACQUISITION, ТАК
И TAKEOVER ОЧЕНЬ
ЯСНО ПРОЯВЛЯЕТСЯ
СПЕЦИФИКА
АНГЛИЙСКОГО ПРАВА,
ПОНИМАЮЩЕГО
В КАЧЕСТВЕ
РЕОРГАНИЗАЦИИ
НЕКУЮ ПЕРЕМЕНУ
КОРПОРАТИВНОГО
КОНТРОЛЯ**

⁴³ Семилетина, указ. соч.

⁴⁴ Can I convert a guarantee company to a share company? Knowledge Hub by Harper James law firm / URL: <https://harperjames.co.uk/article/private-companies-limited-by-guarantee> (дата обращения: 26.05.2022 г.).

объективизма (если только не через церковное влияние) для удовлетворения запросов об удобстве участия в гражданском обороте. Юридическое лицо по английскому праву – это инструмент с заведомо ложным статусом субъекта права наравне с физическим лицом, то есть реализуется «фиктивная теория». При системном рассмотрении природы юридического лица и процедуры его реорганизации по российскому и английскому праву обнаруживается множество свидетельств в пользу такого понимания заложенных в правопорядках *civilian tradition* и *common law* магистральных концепций природы юридического лица.

В соответствии с реализацией в английском праве фиктивной теории под реорганизацией как «переменной» бытности юридического лица следует понимать изменение корпоративного контроля⁴⁵ в порядке перехода *shares* и перераспределением корпоративных прав. Приведенное понимание не укладывается в логику континентального корпоративного права и является специфичным для английского права, но ровно в той степени, в которой специфично понимание самого юридического лица в *common law* в сравнении с правопорядками *civilian tradition*. Такое толкование данной процедуры обуславливает соответствующий подход к правовому регулированию: позитивным правом реорганизация регулируется лишь постольку, поскольку существует необходимость в обеспечении удобства для участников гражданского оборота в ее осуществлении (например, в отношении законодательного закрепления процедуры *merger* и отсутствия позитивного регулирования для *acquisition*).

Реализация «объективной теории» предполагает истолкование процедуры реорганизации как репрезентации в праве изменений, которые произошли в материальном носителе социально-зна-

чимых свойств. Иными словами, в рамках *civilian tradition* при реорганизации в первую очередь происходят объективные структурные изменения на материальном уровне. Такому толкованию в качестве подхода к правовому регулированию реорганизации соответствует всеобъемлющее и исключительно законодательное закрепление данной процедуры, поскольку вследствие объективности природы юридического лица всегда и неминуемо есть заинтересованность каждого участника реорганизации в определенности, а также потому

что само изменение в правовой репрезентации возможно лишь посредством конкретных правовых средств.

Данные положения подтверждаются российским корпоративным правом, в котором в качестве примера практического проявления приведенного истолкования реорганизации можно привести допустимость для, например, сливающихся обществ еще до регистрации нового общества заранее определить состав совета директоров (наблюдательного совета)⁴⁶, так как в этом можно проследить происходящую на материальном уровне перестройку носителя социально-значимых свойств.

Данное положение свидетельствует в пользу реализации в российском праве в определенной степени именно «объективной теории» юридического лица, однако данный вопрос требует дополнительного исследования.

Таким образом, на основе вышеизложенного можно гипотетически предположить существование в европейском праве двух обособленных подходов к правовому регулированию и толкованию реорганизации юридического лица, обусловленных в том числе различной степенью влияния римского юридического наследия на развитие учения о юридическом лице в правопорядках *civilian tradition* и *common law*.

В СООТВЕТСТВИИ
С РЕАЛИЗАЦИЕЙ
В АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ
ФИКТИВНОЙ ТЕОРИИ ПОД
РЕОРГАНИЗАЦИЕЙ КАК
«ПЕРЕМЕННОЙ» БЫТНОСТИ
ЮРИДИЧЕСКОГО
ЛИЦА СЛЕДУЕТ
ПОНИМАТЬ ИЗМЕНЕНИЕ
КОРПОРАТИВНОГО
КОНТРОЛЯ В ПОРЯДКЕ
ПЕРЕХОДА *SHARES*
И ПЕРЕРАСПРЕДЕЛЕНИЕМ
КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВ

⁴⁵ На это отчасти уже указывалось в литературе, см., напр.: Кибенко, там же.

⁴⁶ Абз. 2 п. 2 ст. 16 Акционерного закона.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Актуальные проблемы гражданского права: учебник для магистратуры / под ред. Р.В. Шагиевой. – М.: Директ-Медиа, 2019 – 444 с.
2. Нуждин Т.А. Комбинированная реорганизация коммерческих организаций: диссертация кандидата юридических наук: 12.00.03. – Санкт-Петербург, 2019. – 456 с.
3. Гражданское право: учебник в 4 томах: 2-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2019 – Т. 1. – 575 с.
4. Философия науки : учеб. пособие для магистров: 2-е изд., перераб. и доп. / С. А. Лебедев. – М.: Издательство Юрайт, 2015 – 296 с.
5. ЧИСЛО // Большая российская энциклопедия. / научно-редакционный совет: председатель – Ю. С. Осипов и др. – М.: Большая Российская энциклопедия, 2004-2017 – Т. 34. – С. 599-600.
6. Дождев, Д. В. Римское частное право: учебник: 3-е изд., испр. и доп. / под общ. ред. В.С. Нерсисянца. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2022. – 784 с.
7. Суворов Н.С. О юридических лицах по римскому праву. – М.: Печатня Л.И. Снегиревой, 1900. – 352 с.
8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: 6-е изд., стер. – М.: Статут, 2013. – 349 с.
9. Козлова Н.В. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории: учеб. пособие для студентов вузов – М.: Статут, 2003 – 316 с.
10. Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. – СПб: Тип. И. Н. Скороходова, 1888. – 106 с.
11. Еременко В.И. Юридические лица в российском праве: учеб. пособие – Новосибирск: Рос. акад. гос. службы при Президенте Рос. Федерации, Сиб. акад. гос. службы, 2004 – 175 с.
12. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 1998. № 4. С. 3-17.
13. Юридические лица в гражданском праве зарубежных стран: монография / отв. ред. Н.Г. Семилютина. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015 – 432 с.
14. Синицын С.А. Корпоративный контроль в российском и зарубежном праве: взаимосвязь права и экономики // Правовая мысль: история и современность. 2021. № 1. С. 4-36.
15. Корпоративное право: учебник для студентов / отв. ред. И. С. Шиткина. – М.: Статут, 2019. – 728 с.
16. Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. – Cape Town: Juta & Co, Ltd, 1992. – 1241 p.

17. Winkler J. Roman law in Anglo Saxon England // The Journal of Legal History. 1992. № 2. P. 101-127.
18. Holmes O.W. The Common Law. – Toronto.: University of Toronto Law School Typographical Society, 2011. – P. 381.
19. Gower L.C.B. The Principles of Modern Company Law: 7th edition / edited by Paul L. Davies. – London: Sweet & Maxwell, 2003. – P. 983.
20. Murray A. Pickering. The Company as a Separate Legal Entity // The Modern Law Review. 1968. № 5 P. 481-511.
21. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании – Киев.: Юстиниан, 2003. – С. 363.

Нормативно-правовые акты:

22. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 25.02.2022) // СПС «КонсультантПлюс»
23. Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ (ред. от 25.02.2022) «Об акционерных обществах» // СПС «КонсультантПлюс».
24. Companies Act 2006 // URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

Судебная практика:

25. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».
26. United Kingdom House of Lords Decision [1896] Salomon v A Salomon & Co Ltd // URL: bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html.

Электронные ресурсы:

27. Бевзенко Р.В. Директор как представитель юридического лица: исповедь неопита // Персональный блог Р.В. Бевзенко на zakon.ru URL: https://zakon.ru/blog/2014/10/21/direktor_kak_predstavitel_yuridicheskogo_lica_iskoved_neofita (дата обращения: 26.05.2022 г.).
28. Егоров А.В. Директор - Орган? - Да! Представитель? - Также да! // Арбитражная практика для юристов, электронный журнал, подписка, свежий номер, архив номеров. URL: <https://e.arbitr-praktika.ru/351812> (дата обращения: 26.05.2022 г.).
29. Different types of mergers and acquisitions (and how to benefit from them) // Knowledge Hub by Harper James law firm. URL: <https://harperjames.co.uk/article/types-of-mergers-and-acquisitions> (дата обращения: 26.05.2022 г.).
30. Can I convert a guarantee company to a share company? Knowledge Hub by Harper James law firm / URL: <https://harperjames.co.uk/article/private-companies-limited-by-guarantee> (дата обращения: 26.05.2022 г.).



УДК 341.981



Карпычев Борис Артемьевич
(bkarpychev@gmail.com)

Студент 4 курса бакалавриата
Факультета права НИУ ВШЭ
Член организационного комитета
РАА25

Boris Karpychev

4th-year student of bachelor program
Faculty of law NRU HSE
Member of the RAA25 organizing
committee

Научный руководитель:

Костин Александр Алексеевич

Старший научный сотрудник
ИЦЧП им. С.С. Алексеева
при Президенте РФ

Scientific adviser:

Alexander Kostin

Senior Researcher at the Research
Center of Private Law named after
S.S. Alekseev under the President
of the Russian Federation

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ FORUM NON CONVENIENS В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

CURRENT PROBLEMS OF THE FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

АННОТАЦИЯ: Статья посвящена комплексному исследованию одной из базисных доктрин стран общего права, определяющей правила подсудности споров. Актуальность статьи обусловлена растущим количеством трансграничных споров (прямо или косвенно связанных с правовыми порядками общего права) в контексте новых негативных обстоятельств в глобальном экономическом пространстве (продолжение пандемии Covid-19, нарушение цепей поставок, новая волна международных санкций и т. д.). В статье исследуется история института, основные отличительные черты подходов в основных юрисдикциях общего права и континентальное восприятие доктрины.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Forum non conveniens, Spiliada, трансграничные споры, юрисдикция, удобство форума, lis pendens, параллельные разбирательства.

ANNOTATION: The article is devoted to a comprehensive study of one of the basic doctrines of common law countries, which determines the rules for the jurisdiction of disputes. The relevance of the article is due to the growing number of cross-border disputes (directly or indirectly related to common law orders) in the context of new negative circumstances in the global economic space (continuation of the Covid-19 pandemic, disruption of supply chains, a new wave of international sanctions, etc.). The article examines the history of the institution, the main distinguishing features of the approaches in the major common law jurisdictions, and the continental perception of the doctrine.

KEY WORDS: Forum non conveniens, Spiliada, cross-border disputes, jurisdiction, forum convenience, lis pendens, parallel proceedings.

§1. Общий очерк об истории развития доктрины

В английском праве, как и в большинстве правовых порядков общего права, отсутствует сложившаяся кодифицированная система норм о подведомственности и подсудности споров – в связи с этим роль дискреции самого суда на признание своей компетенции играет важное значение¹. Такой подход находит свое выражение в доктрине *forum non conveniens*, которая позволяет с опорой на усмотрение суда решать вопрос об отсутствии у него юрисдикции на рассмотрение того или иного спора, если имеются основания считать иную юрисдикцию более эффективной.

Согласно позиции Палаты Лордов, изложенной в хрестоматийном для исследуемого института деле *The Spiliada (Spiliada Maritime Corp против Cansulex Ltd)*², внутригосударственный суд может отказаться рассматривать дело на основании объективно большей целесообразности проведения разбирательства в суде аналогичной юрисдикции, находящемся в другом государстве, то есть в суде, в котором можно

¹ Гландин С.В. Современная англо-американская доктрина act of state и исключения в ее применении // Закон. 2017. № 5. с. 190.

² *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK). // Доступ по ссылке: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (дата обращения 29.04.2022).

было бы должным образом урегулировать конфликт в интересах всех сторон и для достижения целей правосудия³. Это решение можно считать важнейшим как в рамках практики применения самой доктрины, так и по вопросам юрисдикции суда в системе общего права в целом⁴.

В рамках данного кейса сера была неправильно загружена на два корабля («Спилиада» и «Кембриджшир»), зарегистрированных в Британской Колумбии, в результате чего конструкция кораблей был причинен существенный ущерб коррозией – факт повреждений был обнаружен уже после доставки серы из Ванкувера в порты Индии. Владельцы «Спилиады», либерийская компания, управляемая из Греции, инициировала производство в Англии с иском о возмещении вреда в связи с повреждением судна против экспортера серы. Владельцы второго корабля, Кембриджшир, также подали иск в Английский суд. Оба корабля были застрахованы английскими страховщиками. Судовладельцы подали иск против канадской компании *Cansulex* как грузоотправителя по договору международной морской перевозки серы. При этом в качестве применимого права к отношениям стороны выбрали право Англии, в частности коносаменты «независимо от того, где они были выданы, должны толковаться и регулироваться английским законодательством, как если бы судно плавало под британским флагом»⁵.

Истцы, не связанные с Англией, получили разрешение на подачу судебного приказа за пределами юрисдикции к ответчикам, также не связанным с Англией. Ходатайство ответчиков о приостановлении судебного разбирательства было отклонено в первой инстанции. Это произошло в основном потому, что они уже были ответчиками по аналогичному делу в Англии, которое, хотя и было возбуждено другими истцами, поднимало схожие фактические и юридические вопросы и проходило с участием тех же адвокатов и экспертов с каж-

«ИСК НЕ МОЖЕТ БЫТЬ РАССМОТРЕН, ЕСЛИ СУД ПРЕДВАРИТЕЛЬНО НЕ УБЕДИТСЯ В ТОМ, ЧТО СУЩЕСТВУЕТ КАКОЙ-ЛИБО ДРУГОЙ СУД, ОБЛАДАЮЩИЙ КОМПЕТЕНТНОЙ ЮРИСДИКЦИЕЙ, В КОТОРОМ ДЕЛО МОЖЕТ БЫТЬ РАССМОТРЕНО БОЛЕЕ ПОДХОДЯЩИМ ДЛЯ ИНТЕРЕСОВ ВСЕХ СТОРОН И ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ПРАВОСУДИЯ ОБРАЗОМ»

дой стороны, доступных сторонам в Английской юрисдикции. Ответчики успешно обжаловали этот отказ в апелляции, однако Палата Лордов согласилась с судом первой инстанции.

Примечательно, что до настоящего дела в Английском праве ходатайство о приостановлении или прекращении производства по делу, подпадающему под юрисдикцию ненадлежащего по критерию эффективности суда, могло быть удовлетворено в рамках весьма узкого спектра оснований. Как указывалось в предыдущей судебной практике, суд мог приостановить разбирательство только на том основании, что иск был «репрессивным⁶, сутяжническим или поданным в злоупотребление процессуальными правами истца», при этом отказ в признании юрисдикции не должен был приводить «к несправедливости по отношению к истцу»⁷.

При этом в праве Шотландии данный принцип практиковался чуть ли не с начала 17 века⁸, а в Английском праве кристаллизировался только в 80-х годах⁹, ведь несмотря на то, что Шотландия давно является частью Соединенного Королевства, ее правовая система развивалась отдельно¹⁰. Впервые упоминания о нем на уровне Палаты Лордов можно найти в позиции Лорда Киннера в деле *Sim v. Robinow* (1892 19 R. 665), где он заявил следующее:

³ Op. cit. p. 476.

⁴ Rogerson P. *Collier's Conflict of Laws* (4th ed.). // Cambridge University Press. – 2013 p. 165.

⁵ Op. cit.

⁶ В данной работе под репрессивным иском понимается судебное притязание, не имеющее под собой оснований, которое предназначено или может привести к необоснованному обременительному, жестокому или неправомерному обращению с ответчиком.

⁷ См., например: *HRH Maharane of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 QB 283 (English Court of Appeal) // Доступ по ссылке: <https://nanopdf.com/download/hrh-maharane-of-boroda-v.pdf> (дата обращения 29.04.2022).

⁸ Brand, Ronald & Jablonski, Scott. *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements* // Oxford University Press, 2007, p. 7.

⁹ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK). // Доступ по ссылке: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (дата обращения 29.04.2022).

¹⁰ См., например: Robin M. White & Ian D. Willock, *The Scottish Legal System* // Bloomsbury Professional, 5th edition, 2013 p. 8-34 (464).

«Иск не может быть рассмотрен, если суд предварительно не убедится в том, что существует какой-либо другой суд, обладающий компетентной юрисдикцией, в котором дело может быть рассмотрено более подходящим для интересов всех сторон и для целей правосудия образом»¹¹.

Окончательно в судебной практике доктрина устоялась в деле «*The Abidin Daver*»¹². Обобщая предыдущий опыт Палаты Лордов, Лорд Диплок признал, что «не следует проводить различий между шотландским и английским законодательством по этому вопросу, и что теперь можно сказать, что английское право приняло шотландский принцип *forum non conveniens*»¹³.

В результате, по мнению английских юристов и в особенности судей, был создан эффективный инструмент обеспечения баланса процессуальных интересов истца и ответчика, обеспечения равного доступа к эффективным средствам правовой защиты и нейтрализации риска образования параллельных разбирательств в трансграничных спорах посредством установления возможности существования более эффективного иностранного разбирательства для удовлетворения интересов всех сторон и для целей правосудия¹⁴.

Доктрина также практикуется в Соединенных Штатах Америки, где она имеет широкое внутринациональное применение, когда речь идет о признании юрисдикции на рассмотрение спора судом штата¹⁵. Хрестоматийными для практики принципа *forum non conveniens* в начале 19-го столетия стали дела, связанные с морским правом и перевозкой. Наиболее известным из таких дел в контексте американской практики является кейс *Willendson v. Forsoket*. Истец, датский моряк,

предъявил претензии по вопросу заработной платы к капитану судна, на котором он работал. В ответ моряк был выписан с судна по причине дезертирства, а именно отсутствия на судне в течение более чем 24 часов.

И хотя все споры из контракта между моряком и судоходной компанией должны были разрешаться в Дании, моряк отправился искать правосудия в окружном суде Пенсильвании, где на тот момент было пришвартовано судно. Позиция моряка сводилась к тому, что Датский суд не сможет эффективно рассмотреть дело, так как в нем у истца не будет возможности воспользоваться доказательствами, которыми он располагает в Пенсильвании, вследствие чего он потеряет возможность эффективно опровергнуть обвинение в дезертирстве и оспорить неправомерное увольнение¹⁶.

Суд заключил, что в таких случаях споры между капитанами и членами экипажей иностранных судов должны быть рассмотрены в иностранных судах. Единственная защита, которую американский суд может дать в таком случае, – оказать минимальную правовую поддержку моряку в том, чтобы он добрался до суда нужной юрисдикции и защитил свое право в нужном форуме. Большого вмешательства, по мнению судьи, в таких случаях суд не мог себе позволить и иск был отклонен за отсутствием юрисдикции на рассмотрение спора: «Если в дальнейшем возникнут какие-либо разногласия, они должны быть урегулированы датским судом»¹⁷.

Позднее доктрина получила широкое распространение в множестве стран семьи общего права, включая Канаду¹⁸, Сингапур¹⁹, Новую Зеландию²⁰, Гонконг²¹ и ряд других государств.

¹¹ *Sim v Robinow* (1892) 19 R 665, p. 668 cit. via. *Tehrani (AP) v Secretary of State for the Home Department* (2006) UKHL 47 p.106.

¹² Understanding the development of forum non conveniens. – Текст : электронный // Lexis Nexis: [сайт]. – URL: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/understanding-the-development-of-forum-non-conveniens> (дата обращения 29.04.2022).

¹³ *The Abidin Daver* [1984] 1 A.C. 398, 410 cit. via. *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK). // Доступ по ссылке: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (дата обращения 29.04.2022).

¹⁴ Dicey, Morris & Collins. *The Conflict of Laws*. // Sweet & Maxwell, 15-th ed. 2012. P. 533-534.

¹⁵ Springer, Brian J. "AN INCONVENIENT TRUTH: HOW FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE ALLOWS DEFENDANTS TO ESCAPE STATE COURT JURISDICTION." *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 163, no. 3, The University of Pennsylvania Law Review, 2015, pp. 833–65. <http://www.jstor.org/stable/24247886> (дата обращения 29.04.2022).

¹⁶ *Willendson v. Forsoket* [29 Fed Cas 1283 (DC Pa 1801)] (No 17,682) // Доступ по ссылке: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0029.f.cas/0029.f.cas.1283.4.pdf> (дата обращения 29.04.2022).

¹⁷ Op. cit.

¹⁸ *Amchem Products Incorporated v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 1993 CanLII 124, [1993] 1 SCR 897 (25 March 1993) // Доступ по ссылке: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1993/1993canlii124/1993canlii124.html> (дата обращения 29.04.2022).

¹⁹ *Brinkerhoff Maritime Drilling Corp v PT Airfast Services Indonesia* [1992] 2 SLR(R) 345 (CA); *CIMB Bank Bhd v Dresdner Kleinwort Ltd* [2008] SGCA 36, [2008] 4 SLR(R) 543 (CA) (8 August 2008) // Доступ по ссылке: <http://www.commonlii.org/sg/cases/SGCA/2008/36.pdf> (дата обращения 29.04.2022).

²⁰ *Club Mediterranee NZ v Wendell* [1987] NZCA 120, [1989] 1 NZLR 216 (26 November 1987) // Доступ по ссылке: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/1987/120.html> (дата обращения 29.04.2022).

²¹ *SPH v SA (Formerly known as SA)*, FACV 22/2013 (9 June 2014) // Доступ по ссылке: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/1987/120.html> (дата обращения 29.04.2022).

Правовые системы общего права разделяют ряд общих черт в толковании доктрины, к которым, в частности, можно отнести²²:

1. Во всех ключевых правовых системах основным элементом для применения судом доктрины «неудобного форума» к вопросу о своей юрисдикции является требование о наличии альтернативного форума для судебного разбирательства спора;
2. При допущении в разной степени вероятности, что бремя может сместиться на определенных этапах разбирательства, во всех системах именно на ответчике, как правило, лежит бремя доказывания элементов, необходимых для приостановления или прекращения дела в суде по мотиву его неудобства;
3. Во всех системах считается важным, чтобы суд первой инстанции обладал широкой дискрецией при вынесении решения о непригодности суда и чтобы такое решение устояло в вышестоящем суде в случае апелляционного обжалования.

Анализу же сложившихся различий будет посвящен следующий параграф.

§2. Некоторые актуальные проблемы применения доктрины в семье общего права

2.1 Критерии удобства форума

Одной из основных проблем применения исследуемой доктрины является неоднозначность подходов в определении наиболее удобного форума. В рамках уже упомянутого выше дела *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* был разработан критерий «доступности» суда альтернативной юрисдикции истцу – критерий «более подходящего форума» или *Spiliada test*. Его часто применяют

суды стран общего права, и разработанные в нем подходы редко являются предметом споров или критики²³. Будучи установленным в уже исследованном в данной работе кейсе *Spiliada*, традиционные критерии репрессивности / сутяжнического характера иска были расширены таким образом, что ответчику было достаточно обоснованно указать суду на существование альтернативной юрисдикции, в которой правосудие может быть осуществлено между сторонами с существенно меньшими организационными и экономическими издержками²⁴. Такой суд в терминах общего права принято называть «естественным форумом»²⁵.

Подобно Англии, в каждой юрисдикции общего права есть свой кейс, к которому принято отсылаться в контексте исследования удобства форума и одноименно с которым называется критерий проведения такого исследования: для США – *Piper Aircraft Co. v. Reyno*²⁶; для Канады – *Amchem Prods. Inc. v. British Columbia (Workers' Comp. Bd.)*²⁷; для Австралии – *Oceanic Sun Line Special Shipping Co. Inc. v. Fay*²⁸ и *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd*²⁹.

Каждый из правопорядков предъявляет свои специфические требования к определению подходящей юрисдикции, в этой связи возникает ряд разногласий по поводу критериев применения доктрины даже среди стран одной правовой семьи. Особенно выделяются решения Высокого Суда Австралии, устанавливающие более строгие стандарты к удобству суда в рамках применения доктрины³⁰.

Австралийский подход к определению подходящего суда называют доктриной «явно неподходящего форума»³¹, в то время как остальные страны семьи общего права придерживаются более либеральной концепции «более подходящего форума». Отличие австралийской доктрины состоит в том, что основаниями для отказа в признании компетенции при наличии альтернативного форума явля-

²² Brand, Ronald & Jablonski, Scott. Op. cit. p. 101-106.

²³ Merrett, Louise. "The Meaning of an 'Available' Forum." // The Cambridge Law Journal, vol. 63, no. 2, Cambridge University Press, 2004, pp. 309-311. Доступ по ссылке: <http://www.jstor.org/stable/4509103> (дата обращения 29.04.2022).

²⁴ Brand, Ronald & Jablonski, Scott. Op. cit. p. 92-93.

²⁵ Op. cit.

²⁶ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981). // Доступ по ссылке: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/454/235/> (дата обращения 29.04.2022).

²⁷ Amchem Prods. Inc. v. British Columbia (Workers' Comp. Bd.), [1993] 1 S.C.R. 897. // Доступ по ссылке: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/item/981/index.do> (дата обращения 29.04.2022).

²⁸ Oceanic Sun Line Special Shipping Company Inc v Fay [1988] HCA 32; (1988) 165 CLR 197 (30 June 1988). // Доступ по ссылке: <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1988/32.html> (дата обращения 29.04.2022).

²⁹ Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd., 171 C.L.R. 538 (1990). // Доступ по ссылке: <https://jade.io/ii/2a=outline&id=67598> (дата обращения 29.04.2022).

³⁰ См.: Garnett R. Stay of Proceedings in Australia: A 'Clearly Inappropriate' Test? // Melbourne University Law Review, №2, 1999, p. 1-23.

³¹ «Clearly inappropriate forum».

ются лишь репрессивность иска или его сутяжнический характер, тогда как в остальных юрисдикциях критерий сформулирован куда более широко³².

При этом критерий удобства форума в Австралии отличается как от традиционного теста «репрессивный/ сутяжнический/ заявленный с злоупотреблением процессуальными правами», так и от критерия «более подходящего форума», применяемого в других юрисдикциях. Бремя доказывания по вопросам злоупотребления процессуальными правами, судя по всему, в начале XX века было возложено на стремящегося перенести дело на другую юрисдикцию ответчика, и более либеральный критерий «наиболее подходящего суда» в этом отношении существенно улучшал процессуальную позицию ответчика. Таким образом, хотя изменения и произошли, эволюционный процесс в Австралии зашел не так далеко, как, например, в Англии, США или Канаде³³. Это налагает более тяжелое бремя на ответчика, жаждущего переноса спора в другую юрисдикцию.

**ПОДОБНО АНГЛИИ,
В КАЖДОЙ ЮРИСДИКЦИИ
ОБЩЕГО ПРАВА ЕСТЬ
СВОЙ КЕЙС, К КОТОРОМУ
ПРИНЯТО ОТСЫЛАТЬСЯ
В КОНТЕКСТЕ
ИССЛЕДОВАНИЯ
УДОБСТВА ФОРУМА
И ОДНОИМЕННО
С КОТОРЫМ НАЗЫВАЕТСЯ
КРИТЕРИЙ ПРОВЕДЕНИЯ
ТАКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ**

2.2 Распределение бремени доказывания

Как уже упоминалось выше, в общих чертах бремя доказывания критериев неудобства суда в странах общего права логично возлагается на ответчика, однако в условиях различности применяемых критериев удобства форума разнятся и порядки распределения бремени доказывания между сторонами³⁴.

В Великобритании каждая отдельная стадия судебного разбирательства определяет, какая из сторон несет первичное бремя доказывания, и оно может переходить от одной стороны к другой по ходу дела. В самом начале, если при инициировании спора необходима передача судебного из-

вещения ответчику вне юрисдикции английского суда, над истцом устанавливается бремя обоснования перед судом веских причин, требующих явки в английский суд иностранного ответчика. В ином случае, если судебное извещение возможно эффективно вручить, не выходя за пределы юрисдикции английского суда, проблема неудобства форума будет впервые поднята ответчиком и первичное бремя доказывания будет возложено на него. Однако даже в этом случае это бремя может вновь быть переложено на истца. Двухэтапный анализ для возложе-

ния бремени доказывания в кейсе *Spiliada* возлагает первоначальное бремя в таком случае на ответчика, только с той целью, чтобы последний обоснованно представил позицию суду о существовании суда, юрисдикция которого более уместна для рассматриваемого спора. Если это бремя будет выполнено, то бремя доказывания перейдет на истца, чтобы последний указал суду на обстоятельства, в силу которых правосудие требует инициирования рассмотрения

спора по существу именно в Англии³⁵.

В Канаде, судя по местной доктрине и судебной практике, английский подход применяется с дальнейшим разделением бремени в зависимости от того, является ли вручение извещения вне юрисдикции возможным в силу закона (*service ex juris*) или же требует вмешательства суда. В первом случае бремя доказывания, за некоторыми исключениями, возлагается на ответчика. В последнем случае бремя убеждения местного суда в удобстве форума несет истец³⁶.

Позиция по бремени доказывания, изложенная Верховным Судом Канады в решении по делу *Amchem*, также содержит важное уточнение, подчеркивающее важность активной роли суда при

²⁵ Brand, Ronald & Jablonski, Scott. Op. cit. p. 107.

²⁶ Op. cit. p. 108.

²⁷ Saumier G. Forum Non Conveniens: Where are We Now? Supreme Court Law Review, Vol. 12, No. 121, 2000, p.120-121 // Доступ по ссылке: <https://ssrn.com/abstract=1636378> (дата обращения 29.04.2022).

²⁸ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK). // Доступ по ссылке: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (дата обращения 29.04.2022).

²⁹ Fawcett J. J. Declining jurisdiction in private international law: reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law // Oxford University Press, 1995, p. 128-129.

ДВУХЭТАПНЫЙ АНАЛИЗ ДЛЯ ВОЗЛОЖЕНИЯ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ В КЕЙСЕ SPILIADA ВОЗЛАГАЕТ ПЕРВОНАЧАЛЬНОЕ БРЕМЯ В ТАКОМ СЛУЧАЕ НА ОТВЕТЧИКА, ТОЛЬКО С ТОЙ ЦЕЛЮ, ЧТОБЫ ПОСЛЕДНИЙ ОБОСНОВАННО ПРЕДСТАВИЛ ПОЗИЦИЮ СУДУ О СУЩЕСТВОВАНИИ СУДА, ЮРИСДИКЦИЯ КОТОРОГО БОЛЕЕ УМЕСТНА ДЛЯ РАССМАТРИВАЕМОГО СПОРА

определении своей компетенции: «...Бремя доказывания не должно играть существенной роли в этих вопросах, поскольку оно применяется только в тех случаях, когда судья не может прийти к определенному решению на основе материалов, представленных сторонами. Хотя стандарт доказывания остается применимым в гражданских делах, я согласен с английскими властями в том, что необходимо четко установить наличие более подходящего форума, чтобы заменить форум, выбранный истцом»³⁷.

После того момента, как первоначальное бремя распределено, уже не происходит никаких изменений, аналогичных тем, которые могут произойти в рамках регулирования, вытекающего из кейса *Spiliada*. Отказ Верховного Суда Канады в деле *Amchem* от двухэтапного анализа фактически приводит к ситуации, когда вопрос о компетенции форума ставится лишь единожды, по сему нет поля для последующего перераспределения бремени доказывания³⁸.

В Австралии первичное распределение бремени доказывания также зависит от того, требуется ли передача судебного извещения *ex juris*. Высокий Суд Австралии в уже упоминавшемся в настоящей работе кейсе *Voth* заявил, что «в заявлении о вру-

чении судебного извещения за пределами юрисдикции истец несет ответственность за то, чтобы убедить суд в том, что дело надлежит рассматривать австралийскому суду, даже с учетом вручения первичного извещения за пределами юрисдикции»³⁹. Из доктрины можно заключить, что первичное бремя доказывания, в отличие от других стран общего права, в любом случае будет возложено на истца⁴⁰. Существование такого сурового дисбаланса на первый взгляд может показаться несправедливым, однако в свете максимально жесткого для ответчика критерия неудобства форума, закрепившегося в Австралии, баланс процессуальных позиций сторон выравнивается.

В Соединенных Штатах доктрина *forum non conveniens* не связана с базовым анализом юрисдикции судом при разрешении вопроса о направлении судебного извещения. Таким образом, вопрос о бремени доказывания возникает только после установления юрисдикции, когда ответчик ходатайствует о прекращении разбирательства, поскольку существует альтернативный, более подходящий суд. Бремя на данном этапе ложится на ответчика, как и в большинстве других стран общего права. Аналогично применению доктрины в Канаде и Австралии отсутствуют и механизмы для вторичного перераспределения бремени доказывания в процессе, в отличие от практики, принятой в английском правопорядке⁴¹.

В числе других разночтений доктрины, порождающих трудности применения, можно определить юридическое преимущество истца в выборе суда, включая распространенное злоупотребление выбором юрисдикции (*forum shopping*) и гипотетическую опасность предвзятости по отношению к иностранным истцам⁴². Помимо этого, немалое внимание в доктрине уделено и повышенному значению в Соединенных Штатах факторов публичного порядка⁴³, тогда как в Канаде или Австралии факт применимого к спорному правоотношению права редко служит доминирующим фактором в предпочтении какой-либо юрисдикции⁴⁴,

³⁷ *Amchem Prods. Inc. v. British Columbia (Workers' Comp. Bd.)*, [1993] 1 S.C.R. 897. // Доступ по ссылке: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/981/index.do> (дата обращения 29.04.2022).

³⁸ *Op. cit.*

³⁹ *Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd.*, 171 C.L.R. 538 (1990). // Доступ по ссылке: <https://jade.io/ii/?a=outline&id=67598> (дата обращения 29.04.2022).

⁴⁰ Fawcett J. J. *Op. cit.*, p. 79-86.

⁴¹ Brand, Ronald & Jablonski, Scott. *Op. cit.* p. 118.

⁴² Brand, Ronald & Jablonski, Scott. *Op. cit.* p. 120-125.

⁴³ *Op. cit.* p. 111.

⁴⁴ Fawcett J. J. *Op. cit.*, p. 121, 131-132.



а суды Англии однозначно отвергают релевантность этого фактора⁴⁵.

§3. Применимость доктрины в континентальной Европе

3.1 Европейское регулирование

На фоне широкого спектра разночтений примечательно, что в рамках континентальной правовой семьи избран другой путь решения схожих проблематик. Правопорядки континентальной Европы, в отличие от стран семьи общего права, используют более системный подход к определению подсудности трансграничного спора, исключают дискрецию суда из вопросов определения собственной юрисдикции и предпочитают принцип *lis alibi pendens*. Более того, законодательство европейских государств стремится к взаимной гар-

монизации в вопросах установления корректной подсудности международных споров, в том числе для улучшения правовой определенности⁴⁶. В рамках исследуемой темы изучение континентальных механизмов процессуального права по определению юрисдикции дел из одного основания между идентичными сторонами поможет лучше понять противоречивую доктрину общего права.

Для начала отметим, что в научной литературе можно встретить следующую позицию, которая исчерпывающе описывает отношение континентальной традиции к доктрине *forum non conveniens*: «Правовая определенность требует четких и предсказуемых юрисдикционных норм. Принятие доктрины неудобного форума в немецкой системе, которая основывается на законодательно стандартизированных юрисдикционных интересах, имело бы первостепенное значение для разрушения этой системы»⁴⁷.

⁴⁵ *Lubbe v. Cape PLC*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 383, 394 (H.L.) (Lord Bingham of Cornhill) and 397–98 (Lord Hope of Craighead) (H.L.): «Принципы, на которых базируется доктрина *forum non conveniens* не образуют никакого фундамента для принятия во внимание публичного порядка и публичного интереса, которые не соотносятся с частными интересами стороны или интересами справедливости ... юрисдикция должна признаваться для интереса всех сторон и для интересов правосудия лишь факультативно решение о неподсудности спора английскому суду может соответствовать интересам публичного порядка и публичным интересам»; // Доступ по ссылке:

<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000720/lubbe-1.htm> (дата обращения 29.04.2022).

⁴⁶ Reus A. Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany // *Int'l & Comparative Law Journal*, 1994. p. 485.

⁴⁷ Fawcett J. J. Op. cit., p. 194.

«ПРАВОВАЯ ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ
ТРЕБУЕТ ЧЕТКИХ
И ПРЕДСКАЗУЕМЫХ
ЮРИСДИКЦИОННЫХ НОРМ.
ПРИНЯТИЕ ДОКТРИНЫ НЕУДОБНОГО
ФОРУМА В НЕМЕЦКОЙ СИСТЕМЕ,
КОТОРАЯ ОСНОВЫВАЕТСЯ
НА ЗАКОНОДАТЕЛЬНО
СТАНДАРТИЗИРОВАННЫХ
ЮРИСДИКЦИОННЫХ ИНТЕРЕСАХ,
ИМЕЛО БЫ ПЕРВОСТЕПЕННОЕ
ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ РАЗРУШЕНИЯ
ЭТОЙ СИСТЕМЫ»

Как уже упоминалось выше, осуществление международной юрисдикции английскими судами в большой степени основывается на дискреции судьи, который ведет дело. Английский суд откажется от принятия спора к рассмотрению на основании *forum non conveniens*, если в конкретном деле судья посчитает, что суд в другой юрисдикции более компетентен и является «подходящим форумом для судебного разбирательства по делу, т. е. таким судом, в котором дело может быть рассмотрено более подходящим для интересов всех сторон и целей справедливости образом»⁴⁸.

Однако континентальные правопорядки пока не стремятся напрямую заимствовать такой инструмент. Вместо этого страны континентальной Европы (в первую очередь Европейского Союза) идут по пути взаимной гармонизации процессуальных правил о юрисдикции. В этой связи исследование таких актов гармонизации представляет особый интерес для установления соотношения континентальной и англо-американской традиции в рамках исследуемого вопроса.

Изначально Брюссельская конвенция 1968 года не предполагает какого-либо дискреционного элемента в определении судом своей компетенции на

рассмотрение спора. В соответствии с положениями статьи 21 Конвенции работает принцип *lis alibi pendens*. Если были предъявлены иски по одному и тому же основанию между теми же сторонами в суды разных государств, то суд, который вторым принял дело к производству, откладывает производство по делу до тех пор, пока не будет установлена юрисдикция суда, который первым принял иск к рассмотрению. Как только первый суд устанавливает свою юрисдикцию – остальные обязаны отклонить свою юрисдикцию в пользу первого⁴⁹.

Если же ответчик домицилирован в одной стране, а производство происходит в другой юрисдикции, и ответчик не явится на суд, то в соответствии с положениями статьи 20 признание отсутствия компетенции объявляется судом автоматически до момента, «пока не будет установлено, что ответчик имел возможность получить документ, возбуждающий дело, или эквивалентный ему документ, и пока не истек достаточный срок для того, чтобы дать ему возможность организовать защиту, и пока все необходимые меры для этого не будут предприняты»⁵⁰. Регулирование в отношении признания судом юрисдикции на рассмотрение спора Брюссельской Конвенции в противовес, к примеру, английским правилам отбрасывает дискрецию суда на установление собственной компетенции по критериям эффективности обеспечения прав спорящих сторон.

Последовательное продолжение политики регулирования Брюссельской Конвенции в отношении связанных идентичностью оснований и сторон требований получила в Регламенте N 1215/2012 «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам»⁵¹.

Раздел 9 Регламента «Пересмотренных Брюссельских Правил» по-прежнему устанавливает принцип строгого отказа в пользу юрисдикции суда, первым принявшего к рассмотрению дело. Согласно положениям статьи 29 Регламента: «Когда иски по тому же основанию и между теми же сторонами подаются в суды разных государств-членов ЕС, все

⁴⁸ *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK). // Доступ по ссылке: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1986/10.html> (дата обращения 29.04.2022).

⁴⁹ Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров» (Извлечение) (Заключена в г. Брюсселе 27.09.1968) // СПС «Консультант Плюс» Доступ по ссылке: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=INT&n=4862&dst=100136&date=02.12.2021> (дата обращения 29.04.2022).

⁵⁰ *Op. cit.*

⁵¹ Регламент N 1215/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (в новой редакции)» [рус., англ.] (Принят в г. Страсбурге 12.12.2012) (с изм. и доп. от 26.11.2014) // СПС «Консультант Плюс» Доступ по ссылке: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=INT&n=60717&dst=100267%2C1&date=02.12.2021> (дата обращения 29.04.2022).

суды, за исключением суда, первым принявшего дело к рассмотрению, принимают решение о приостановлении разбирательства до принятия решения о юрисдикции судом, первым принявшим дело к рассмотрению»⁵².

Пожалуй, наиболее передовым примером гармонизации европейского права по вопросам трансграничных споров служат разработанные в кооперации ALI (*American Law Institute*) и УНИДРУА проекты Европейских Модельных Правил Гражданского Процессы (далее – Модельные Правила), разработка которых была инициирована еще в 2004 году⁵³. Они появились в 2021 году и пока не являются общепринятыми, но на себя обращает внимание ряд интересных институтов по сравнению с разными версиями брюссельских регуляций.

В частности, статья 65, описывающая институт досрочных итоговых решений (*Early Final Judgments*). Согласно ее положениям суд по своей инициативе или по заявлению стороны, может вынести досрочное окончательное решение в рамках упрощенного производства. В рамках такой процедуры суд может в том числе разрешить вопрос об отсутствии юрисдикции или компетенции для вынесения решения по спору⁵⁴. Помимо этого, вынесение судом решения по существу согласно подпункту (b) статьи 133 Модельных Правил возможно только в том случае, если среди прочего судом установлено наличие у него юрисдикции на рассмотрение спора.

Внедрение таких институтов при первом приближении кажется скорее полезным заимствованием из сферы третейских разбирательств, нежели прочным фундаментом для практики принципа *forum non conveniens*, поскольку положениями статьи 142 Модельных Правил закрепляется принцип строгого отказа в пользу юрисдикции суда, первым принявшего к рассмотрению дело о том же предмете между теми же сторонами. Предположительно, континентальный подход, исходящий из принципа *lis alibi pendens*, исходит из собственных соображений об эффективности, особенно в контексте полу-

чившего широкое распространение на континенте принципа наиболее тесной связи⁵⁵.

Правопорядки континентальной Европы на писанном уровне системно закрепляют гарантии доступа к правосудию и равенства прав сторон. Закрепление порядка, при котором суды договаривающихся государств могли бы параллельно решать вопрос о собственной эффективной компетенции, вероятнее всего, привело бы к ненужной трате ресурсов судебных систем и поставило бы под сомнение взаимное уважение правовых порядков к достижениям судебных систем друг друга. Особенно с учетом того, что судам Европы более естественно вести активное взаимодействие между собой в силу исторических и географических факторов.

В ситуации, когда вопрос о компетенции решает суд, к которому обратились в первую очередь, пока остальные суды ждут его решения, подчеркивается взаимное доверие к возможностям эффективного обеспечения процессуальных гарантий сторон и экономятся ресурсы других государств. Если у первоначального суда появятся основания полагать, что он не имеет юрисдикции на рассмотрение спора – он, по сути, сделает то же, что и английский суд, отказываясь от компетенции по применению доктрины *forum non conveniens*. Единственным отличием будет лишь то, что свобода усмотрения суда ограничена более детализированными нормами о подсудности споров, проистекающими из норм континентального права.

Более того, пока в системе общего права суды будут параллельно тратить ресурсы на проверку своей компетенции, в континентальной системе такие издержки возникнут только у первого суда, а в случае признания отсутствия компетенции – новые издержки для сторон и судов будут возникать последовательно. В частности, кажется практически идентичной принципу *forum non conveniens* привязка о подсудности по наиболее тесной связи спора, ведь в ее рамках суды также определяют меньшую степень связанности по сравнению с альтернативной юрисдикцией, как и

⁵² Оригинальный текст документа на английском языке доступен по ссылке: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (дата обращения 29.04.2022).

⁵³ Model European Rules of Civil Procedure (with the International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) // Доступ по ссылке: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/completed-projects-sync/civil-procedure/> (дата обращения 29.04.2022).

⁵⁴ The European Rules of Civil Procedure (June 2021) // <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/English-black-letter.pdf> (дата обращения 29.04.2022).

⁵⁵ Ходыкин Р.М. Критерий наиболее тесной связи в международном частном праве // Московский журнал международного права. 2002. № 4. С. 208-221.

английский суд может установить большее удобство альтернативной юрисдикции.

3.2 К вопросу о существовании доктрины в российском праве

На фоне популярного в науке замечания о необходимости совершенствования средств для разрешения процессуальными методами конфликтов судебных юрисдикций отдельного рассмотрения требует вопрос о существовании доктрины «неудобного суда» в отечественном правопорядке⁵⁶. Статья 247 АПК устанавливает компетенцию арбитражных судов России на рассмотрение ряда дел с участием иностранных лиц, перечень которых, в соответствии с пп. 1 ч. 1 данной статьи, является открытым в силу наделения суда полномочием на самостоятельное установление тесной связи спора со своей юрисдикцией⁵⁷. Вместе с этим в статьях 128-129 АПК, исчерпывающе регулирующих основания отказа в принятии и возвращения искового заявления, отсутствие «тесной связи» спорного правоотношения с территорией России или же наличие более «удобного» суда альтернативной юрисдикции в качестве основания не указано⁵⁸. Идентичным образом изложены и нормы статьи 134 ГПК в этом вопросе⁵⁹. В связи с этим выдвигается позиция о том, что если спорное материальное правоотношение тесно связано с территорией Российской Федерации, то у арбитражного суда нет оснований не возбуждать производство по данному иску⁶⁰.

Единственное положение, позволяющее косвенно установить институционализированную возможность суда на отказ от рассмотрения дела по причине неудобства форума, находится в разделах АПК и ГПК о приказном производстве. В соответствии со статьей 229.4 АПК суд отказывает в при-

нятии заявления о выдаче судебного приказа в случае, если место жительства или место нахождения должника находится вне пределов Российской Федерации⁶¹. Идентичная норма содержится и в статье 125 ГПК⁶². Представляется логичным, что именно по причине существования более эффективной альтернативной юрисдикции в данных случаях законодатель предписал российским судам отказывать в юрисдикции на возбуждение производства взыскателю. Однако говорить о применении в данном случае доктрины неудобного суда в ее оригинальном замысле не приходится, так как отказ от рассмотрения дела является вопросом с predetermined императивной нормой, а не решением из дискреции суда.

Вопрос о расширении дискреции российских судов в установлении отсутствия у себя эффективной юрисдикции на рассмотрение спора поднимался в научном сообществе еще в 2013 году⁶³. Тогда Президиум ВАС РФ в Постановлении Президиума ВАС № 16404/11 от 24.04.2012 высказал позицию, согласно которой не всякий филиал или представительство иностранного юридического лица на территории Российской Федерации определяют подсудность российского суда, а только тот филиал или представительство, с которым спорное правоотношение было тесно связано – в этом положении некоторые юристы усмотрели предпосылку к введению доктрины *forum non conveniens*⁶⁴.

В частности, особый интерес представляет следующее извлечение из Постановления Президиума ВАС: «Поскольку иски о возмещении ущерба, причиненного в результате аварии на территории Российской Федерации, не составляют предмет исключительной компетенции арбитражных судов Российской Федерации (статья 248 названного Кодекса) и между сторонами спора отсутствует пророгационное соглашение (статья 249

⁵⁶ Гальперин М. Л. Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 08.06.2020 N 171-ФЗ // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации», 2021, N 1. С. 72.

⁵⁷ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 16.11.2021) // СПС «Консультант Плюс». Доступ по ссылке: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&ts=p7VDSqScLNCu59r41&cacheid=4AA72F40728D6095ED2FC46A774E60AF&mode=splus&base=LAW&n=388923&md=96A94EBC2574EACC84DF716AE5B4E1C6#lnVDSqSTZkJFGUt4> (дата обращения 29.04.2022).

⁵⁸ Op cit.

⁵⁹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // СПС «Консультант Плюс». Доступ по ссылке: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&ts=G8UF5qSc72KCoC0v&cacheid=DFB5F0D521A9163580FA3AD8F341968F&mode=splus&base=LAW&n=388940&md=96A94EBC2574EACC84DF716AE5B4E1C6#YeUF5qSSx1fGLXg9> (дата обращения 29.04.2022).

⁶⁰ Мамаев А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам: монография. – М. Прспект - 2008. – С.155-156.

⁶¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 16.11.2021) // СПС «Консультант Плюс». Доступ по ссылке: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&ts=p7VDSqScLNCu59r41&cacheid=4AA72F40728D6095ED2FC46A774E60AF&mode=splus&base=LAW&n=388923&md=96A94EBC2574EACC84DF716AE5B4E1C6#lnVDSqSTZkJFGUt4> (дата обращения 29.04.2022).

⁶² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021) // СПС «Консультант Плюс». Доступ по ссылке: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&ts=G8UF5qSc72KCoC0v&cacheid=DFB5F0D521A9163580FA3AD8F341968F&mode=splus&base=LAW&n=388940&md=96A94EBC2574EACC84DF716AE5B4E1C6#YeUF5qSSx1fGLXg9> (дата обращения 29.04.2022).

⁶³ Справка к заседанию международно-правовой секции Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации от 13.02.2013 // Доступ по ссылке: http://www.arbitr.ru/upimg/6A90560EFCFA36C526D014BF60B8CC2E_nks.pdf (дата обращения 29.04.2022).

⁶⁴ См., например: Смольников Д.И. ВАС опубликовал информписьмо по спорам с иностранцами и ввел доктрину *forum non conveniens* // Закон.ру, 2013. Доступ по ссылке: https://zakon.ru/discussion/2013/7/27/vas_opublikoval_informpismo_po_sporam_s_inostrancami_i_vvel_doktrinu_forum_non_conveniens (дата обращения 29.04.2022).

Кодекса), компетентный суд должен определяться на основании общего критерия международной юрисдикции, закрепленного нормами Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации – критерия тесной связи спорного правоотношения с территорией государства (пункт 10 части 1 статьи 247)

...

Наличие тесной связи рассматриваемых правоотношений с территорией Российской Федерации в целях признания компетенции арбитражных судов Российской Федерации для разрешения настоящего спора не подтверждается»⁶⁵.

В последствии описанная позиция была отражена в п. 8 и п. 9 Информационного Письма Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»⁶⁶, что при решительной поддержке А. А. Ивановым идеи внедрения концепции в российское право спровоцировало ряд научных дискуссий в юридическом сообществе⁶⁷.

Однако, несмотря на дискуссии, представляется неверным вывод о том, что в российском праве существует какое-либо существенное основание обнаружить доктрину *forum non conveniens* с учетом достаточно четких формулировок процессуальных кодексов, не предоставляющих судьям какой-либо весомой дискреции в вопросах определения подсудности спора и удобства форума.

Заключение

Как видно из приведенного выше исследования, различные правовые системы по-своему справляются с обеспечением для сторон права на эффек-

тивное судебное разбирательство. Доктрина *forum non conveniens* является в этом смысле одним из процессуальных инструментов общего права, демонстрирующим его гибкость. При этом в отдельных аспектах не достигнут консенсус даже среди представителей одной правовой семьи – в частности, по вопросам распределения бремени доказывания, критериям определения наиболее удобного форума и некоторым другим вопросам. Континентальные же порядки делают упор на императивное определение подсудности споров в сочетании с межнациональной гармонизацией процессуального законодательства. Защищая правовую опреде-

ленность в первую очередь, континентальное регулирование тем не менее, идентично регулированию стран общего права, первоначально служит целям защиты процессуальных гарантий сторон и экономии ресурсов судебных систем.

Одновременно с этим существенные процессуальные различия в рамках подходов семьи

общего права, наиболее ярко демонстрируемые Австралийским и в меньшей степени Американским подходами, обеспечивают широкий простор для разрешения вопроса о неэффективности конкретного суда как средства правовой защиты и устанавливают гибкое дискреционное регулирование для участников трансграничного гражданского оборота.

Вместе с этим подобное разнообразие нередко порождает проблемные параллельные трансграничные разбирательства. Возможно, перспективным шагом в развитии доктрины стало бы международное соглашение в рамках стран общего права о согласовании отдельных спорных моментов ее применения или хотя бы о сотрудничестве в сфере достижения путей устранения разночтений.

ЕДИНСТВЕННОЕ ПОЛОЖЕНИЕ, ПОЗВОЛЯЮЩЕЕ КОСВЕННО УСТАНОВИТЬ ИНСТИТУЦИОНАЛИЗИРОВАННУЮ ВОЗМОЖНОСТЬ СУДА НА ОТКАЗ ОТ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА ПО ПРИЧИНЕ НЕУДОБСТВА ФОРУМА, НАХОДИТСЯ В РАЗДЕЛАХ АПК И ГПК О ПРИКАЗНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

⁶⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 N 16404/11 по делу N A40-21127/11-98-184 // СПС «Консультант Плюс», Доступ по ссылке: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&ts=VP2mSqSkByufQjh71&cacheid=33600B953D43DAC5C476C41BF83F2F7&mode=splus&base=ARB&n=290276&md=96A94EBC2574EACC84DF716AE5B4E1C6#9B6mSqSCQj3RZqNi1> (дата обращения 29.04.2022).

⁶⁶ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» // СПС

«Консультант Плюс», Доступ по ссылке: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_149878/ (дата обращения 29.04.2022).

⁶⁷ См: Смольников Д. И. указ. соч. и Панов А. А. В России нет доктрины *forum non conveniens*! // Закон.ру, 2013, Доступ по ссылке: https://zakon.ru/blog/2013/8/21/v_rossii_net_doktriny_forum_non_conveniens (дата обращения 29.04.2022).

Однако такое развитие событий видится маловероятным с учетом того, что появление доктрины в каждом из правопорядков является результатом

накопления опыта разрешения дел определенным образом, в тесной взаимосвязи с правовой традицией каждой юрисдикции в отдельности.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Гландин С.В. Современная англо-американская доктрина act of state и исключения в ее применении // Закон. – 2017. – № 5. – С. 183-196.
2. Гальперин М. Л. Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 08.06.2020 N 171-ФЗ // «Вестник экономического правосудия Российской Федерации». – 2021. – №1. С. 72-81.
3. Мамаев А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам: монография. – М. – Проспект – 2008. – 176 с.
4. Ходыкин Р.М. Критерий наиболее тесной связи в международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2002. – № 4. – С. 208-221.
5. Brand, Ronald & Jablonski, Scott. Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements // Oxford University Press. – 2007 – 210 p.
6. Dicey, Morris & Collins. The Conflict of Laws (15th ed.) // Sweet & Maxwell. – 2012 – 2385 p.
7. Fawcett J. J. Declining jurisdiction in private international law: reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law // Oxford University Press – 1995 – 462 p.
8. Garnett R. Stay of Proceedings in Australia: A 'Clearly Inappropriate' Test? // Melbourne University Law Review – 1999 – №2 – pp. 1-23.
9. Merrett, Louise. "The Meaning of an 'Available' Forum." // The Cambridge Law Journal – 2004 – vol. 63 – № 2 – pp. 309-311.
10. Rogerson P. Collier's Conflict of Laws (4th ed.) // Cambridge University Press. – 2013 – 514 p.
11. Robin M. White & Ian D. Willock, The Scottish Legal System (5th ed.) // Bloomsbury Professional – 2013 – 464 p.
12. Reus A. Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany // Int'l & Comparative Law Journal – 1994 – Vol. 16 – pp. 457-509.
13. Springer, Brian J. "AN INCONVENIENT TRUTH: HOW FORUM NON CONVENIENS DOCTRINE ALLOWS DEFENDANTS TO ESCAPE STATE COURT JURISDICTION." // University of Pennsylvania Law Review. – 2015 – vol. 163. – №3 – pp. 33-65.
14. Saumier G. Forum Non Conveniens: Where are We Now? // Supreme Court Law Review – 2000 – Vol. 12 – № 121 – 2000 – pp. 120-146.

Нормативно-правовые акты:

15. Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (1968).
16. Регламент N 1215/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (в новой редакции)» (Принят в г. Страсбурге 12.12.2012) (с изм. и доп. от 26.11.2014).

17. Model European Rules of Civil Procedure (with the International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT) (2021).
18. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 16.11.2021).
19. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021).

Судебная практика:

20. Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 N 16404/11 по делу N A40-21127/11-98-184.
21. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц».
22. Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1986] UKHL 10, [1987] AC 460, House of Lords (UK).
23. Oceanic Sun Line Special Shipping Company Inc v Fay [1988] HCA;
24. Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981).
25. Amchem Products Incorporated v. British Columbia (Workers' Compensation Board), 1993.
26. Brinkerhoff Maritime Drilling Corp v PT Airfast Services Indonesia [1992], 2 SLR(R).
27. CIMB Bank Bhd v Dresdner Kleinwort Ltd [2008] SGCA.
28. HRH Maharane of Baroda v. Wildenstein [1972] 2 QB 283 (English Court of Appeal).
29. Club Mediterranee NZ v Wendell [1987] NZCA.
30. Tehrani (AP) v Secretary of State for the Home Department (2006) UKHL.
31. SPH v SA (Formerly known as SA), FACV 22/2013.
32. The Abidin Daver [1984].
33. Willendson v. Forsoket [29 Fed Cas 1283 (DC Pa 1801)].
34. Voth v. Manildra Flour Mills Pty Ltd., 171 C.L.R. 538 [1990].
35. Lubbe v. Cape PLC, [2000].

Электронные ресурсы:

36. Understanding the development of forum non conveniens. Текст: электронный // Lexis Nexis: [сайт]. URL: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/understanding-the-development-of-forum-non-conveniens> (дата обращения 29.04.2022).
37. Справка к заседанию международно-правовой секции Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации от 13.02.2013 // Доступ по ссылке: http://www.arbitr.ru/_upimg/6A90560ECEFA36C526D014BF60B8CC2F_nks.pdf (дата обращения 29.04.2022).
38. Смольников Д. И. ВАС опубликовал информписьмо по спорам с иностранцами и ввел доктрину forum non conveniens // Закон.ру, 2013, Доступ по ссылке: https://zakon.ru/discussion/2013/7/27/vas_opublikoval_informpismo_po_sporam_s_inostrancami_i_vvel_doktrinu_forum_non_conveniens (дата обращения 29.04.2022).
39. Панов А. А. В России нет доктрины forum non conveniens! // Закон.ру, 2013, Доступ по ссылке: https://zakon.ru/blog/2013/8/21/v_rossii_net_doktriny_forum_non_conveniens (дата обращения 29.04.2022).



УДК 347.45/.47



Тарасенко Владимир Алексеевич
(tarasenko_1914@mail.ru)

Магистрант ФГБОУ ВО
«Челябинский государственный
университет»

Vladimir Tarasenko

Student of master's program FGBOU
HE «Chelyabinskii gosudarstvennyi
universitet»

Научный руководитель:

Талевлин Андрей Александрович

Доцент кафедры гражданского
права и процесса
ФГБОУ ВО «Челябинский
государственный университет»

Scientific supervisor:

Andrey Talevlin

Associate Professor, Department
of Civil Law and Procedure
FGBOU HE «Chelyabinskii
gosudarstvennyi universitet»

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ТРАНСПОРТИРОВКИ ГАЗА ПО ТРУБОПРОВОДАМ

THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT FOR THE TRANSPORTATION OF GAS THROUGH PIPELINES

АННОТАЦИЯ: В литературе отсутствует единство мнений относительно правовой природы договора транспортировки газа по трубопроводам. Рассмотрев различные теоретические подходы и исследовав фактические отношения сторон, автор приходит к выводу, что данный вид договоров относится к возмездному оказанию услуг. При этом выделен ряд специфических для данного вида договоров признаков, раскрыто назначение и существо договора транспортировки газа.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: оказание услуг, газоснабжение, газопроводы, договор транспортировки газа, газораспределительная организация, тарифное регулирование.

ANNOTATION: There is no consensus in the literature on the legal nature of the contract for the transportation of gas through pipelines. Having considered various theoretical approaches and examining the actual relations of the parties, the author comes to the conclusion that this type of contract refers to the paid provision of services. At the same time, a number of features specific to this type of contracts are identified, the purpose and essence of the gas transportation contract are disclosed.

KEYWORDS: provision of services, gas supply, gas pipelines, gas transportation contract, gas distribution organization, tariff regulation.

Н а территории Российской Федерации газ перемещается от поставщика к покупателю чаще всего с помощью газопроводов. Основные экономические преимущества транспортировки газа по трубопроводам состоят в следующем:

1. низкая себестоимость перекачки, небольшие удельные капитальные затраты на единицу транспортируемого груза; быстрая окупаемость затрат в строительстве трубопроводов;
2. бесперебойное транспортирование грузов в течение года (работа трубопроводов практически не зависит от климатических условий);
3. высокий уровень механизации и автоматизации производственных процессов перекачки;
4. незначительные размеры потерь перекачиваемого продукта, высокая степень герметизации;
5. кратчайшее расстояние между начальным и конечным пунктами (трубопроводные линии более других видов транспорта приближаются к воздушной прямой, сравнительно легко преодолевая горные районы, реки, каналы, заболоченные местности и другие естественные и искусственные преграды и препятствия)¹ и др.

В юридической литературе присутствует множество мнений относительно квалификации отношений, вытекающих

¹ Еренков О. Ю. Трубопроводный транспорт в химической технологии: учеб. пособие / О. Ю. Еренков, А. П. Богачев. Хабаровск: Изд-во Тихоокеан. гос. ун-та, 2016. С. 84.

из договора на транспортировку газа по трубопроводам.

Вопрос правовой природы указанного договора имеет не только теоретическое значение. От правильного понимания специфики договора на транспортировку газа зависит и правоприменительная практика, индивидуально регулирующая споры сторон.

В отношении по снабжению газом через газопроводы устоялась следующая структура: поставщик продает покупателю газ, а газотранспортная или газораспределительная организация (далее соответственно – ГТО или ГРО) осуществляет транспортировку этого газа от места добычи или иного, оговоренного сторонами места, до места, где покупатель отбирает газ (как правило, это граница сетей газоснабжения покупателя и ГРО [ГТО]).

Договор с ГТО на транспортировку газа по магистральным газопроводам заключает поставщик, а на транспортировку газа по газораспределительным сетям договор с ГРО заключается поставщиком либо покупателем. Нередко заключается трехсторонний договор поставки и транспортировки между поставщиком, покупателем и ГРО.

К.Б. Кузнецов отмечал, что, несмотря на имеющиеся отличия в правовом регулировании между договором транспортировки газа по магистральным газопроводам и договора транспортировки газа по газораспределительным сетям, в целях определения правовой природы их можно объединить в общее понятие договора транспортировки газа по газопроводам².

До сих пор в правовой науке не устоялось единого мнения относительно правовой природы договора транспортировки газа по трубопроводам. При всем многообразии различных подходов к квалификации договора транспортировки жидких и газообразных веществ по трубопроводам

(одним из видов которых является договор транспортировки газа)³, самые распространенные из них можно сгруппировать следующим образом:

1. Согласно первой группе точек зрения, договор транспортировки жидких и газообразных веществ по трубопроводам – это один из видов поименованных договоров. Среди самых распространенных подходов в этой группе указанный договор относят к возмездному оказанию услуг (К.Б.Кузнецов⁴, В.В. Башунов⁵). Встречается и отнесение данного договора к виду энергоснабжения, перевозки, поставки, аренды и др.⁶.
2. Во второй группе подходов такой договор квалифицируют в качестве смешанного договора, содержащего в себе элементы различных договоров, чаще всего перевозки, мены и хранения (Д.Д. Логофет⁷, В.Е. Лукьяненко⁸).
3. Третья точка зрения называет договор на транспортировку жидких и газообразных веществ по трубопроводам непоименованным, самостоятельным видом договоров, не имеющим ничего общего с теми видами, что указаны в законе (Корепанов К.В.⁹).

Чтобы определить природу договора транспортировки газа по трубопроводам необходимо абстрагироваться от правовых норм и в первую очередь исследовать сами отношения в чистом виде.

Транспортировка газа трубопроводным транспортом не является исключительным способом перемещения газа из точки А в точку Б. Существует несколько способов доставки природного газа от месторождений потребителям:

- трубопроводная транспортировка;
- транспортировка в сжиженном состоянии;
- транспортировка в компримированном состоянии;
- транспортировка в виде газовых гидратов.

² Кузнецов К. Б. Договоры поставки и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа, особенности правового регулирования: диссертация. ... кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2012. С. 37.

³ См., например, Шевченко Л. И. Понятия «присоединенная сеть» и «магистральный трубопровод» и их значение при разграничении договорных конструкций, используемых в сфере снабжения энергией и энергоресурсами / Л. И. Шевченко // Труды Института государства и права Российской академии наук. – 2016. – № 6. – С. 112-122.

⁴ Кузнецов, К. Б. Правовое регулирование поставки газа через присоединенную сеть / К. Б. Кузнецов // Российский юридический журнал. – 2009. – № 5(68). – С. 236-240.

⁵ Башунов В. В. Договоры купли-продажи и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа и порядок заключения: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. Саратов, 2005. С. 9; Там же С. 19.

⁶ Подробнее см., например, Корепанов К. В. Правовое регулирование транспортировки нефти и газа по магистральным трубопроводам: диссертация. ... кандидата юридических наук. Москва, 2016. 210 с.; Шевченко Л.И. Указ. соч.

⁷ Логофет Д.Д. Договор транспортировки нефти по магистральному нефтепроводу // «Право и экономика». 2003. № 4. Режим доступа СПС Гарант (дата обращения 24.05.2022).

⁸ Лукьяненко, В. Е. Правовое регулирование отношений в сфере транспортировки нефти, газа и других энергетических ресурсов по трубопроводам / В. Е. Лукьяненко // Аграрное и земельное право. – 2020. – № 1(181). – С. 66-71.

⁹ Корепанов К. В. Указ. соч. С. 104.

Из них только два первых способа являются экономически обоснованными. Третий способ пока находит применение только при транспортировке на малые расстояния в малых объемах – перевозка газа в баллонах под давлением в 20–25 МПа. Четвертый способ находится в стадии разработки и научных экспериментов¹⁰.

В настоящее время самым распространенным способом остается трубопроводная транспортировка. При наличии поблизости газопровода потенциальный потребитель газа может к нему подключиться, технологически соединившись со всей сетью газоснабжения, включающей в себя сети газопотребления, сети газораспределения, газорегуляторные пункты, газораспределительные станции, магистральные газопроводы и т.д.

Имея технологическое присоединение к сети газоснабжения, потребитель получает возможность отбирать газ из данной сети, которая соединяет места добычи и потребления газа.

Интерес покупателя состоит в том, чтобы в его газопотребляющее оборудование поступал газ в определенном объеме и с определенной скоростью, необходимыми для того или иного технологического процесса. Для достижения указанной цели необходимо, чтобы сеть газоснабжения имела постоянное давление в месте отбора газа.

Обеспечение нормативного давления может быть достигнуто при совершении определенного ряда технических, организационных и иных действий. Например, в отношении газораспределительных сетей, которые расположены, как правило, в населенных пунктах, необходимо производить мониторинг технического состояния, техническое обслуживание, текущий и капиталъ-

ный ремонт газопроводов, пунктов редуцирования газа, средств электрохимической защиты от коррозии, контроль давления газа в сети газораспределения и множество иных действий¹¹.

В сложившейся системе отношений эти действия выполняют специализированные организации (ГТО и ГРО), которые берут на себя обязательства осуществлять их в отношении всей сети газоснабжения, благодаря чему достигается удовлетворение интереса потребителей в отборе газа, добытого за тысячи километров от места его потребления. Именно совершение соответствующего комплекса действий и оплачивает потребитель.

По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (п. 1 ст. 779 ГК РФ¹²). Предельная абстрактность данной дефиниции позволяет квалифицировать договор транспортировки газа по трубопроводу как один из видов договора оказания услуг. При этом наличие особенностей, устанавливаемых специальным законодатель-

ством, наличие иных интересов сторон, отражаемых в договорах, и в целом специфики отношений само по себе не меняет природу договора.

Как справедливо отмечено В.В. Башуновым, в силу своей родовой принадлежности договор транспортировки газа подпадает под действие правил гл. 39 ГК РФ, и это не исключает возможность и необходимость установления специальных норм о транспортировке газа в иных правовых актах¹³.

Против отнесения договора оказания услуг по транспортировке газа по трубопроводам под

**ИНТЕРЕС ПОКУПАТЕЛЯ
СОСТОИТ В ТОМ,
ЧТОБЫ В ЕГО
ГАЗОПОТРЕБЛЯЮЩЕЕ
ОБОРУДОВАНИЕ
ПОСТУПАЛ ГАЗ
В ОПРЕДЕЛЕННОМ ОБЪЕМЕ
И С ОПРЕДЕЛЕННОЙ
СКОРОСТЬЮ,
НЕОБХОДИМЫМИ
ДЛЯ ТОГО ИЛИ ИНОГО
ТЕХНОЛОГИЧЕСКОГО
ПРОЦЕССА**

¹⁰ Федорова Е. Б. Комплексное научно-технологическое обоснование производства сжиженного природного газа: диссертация ... доктора технических наук. М., 2019. С. 8.

¹¹ Межгосударственный стандарт ГОСТ 34741-2021 «Системы газораспределительные. Требования к эксплуатации сетей газораспределения природного газа» (введен в действие на территории Российской Федерации приказом Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 20 октября 2021 г. № 1191-ст). Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

¹² Часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ. Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

¹³ Башунов В.В. Указ. соч. С. 19.



регулирование главы 39 ГК РФ К.В. Корепановым в его диссертации на тему транспортировки нефти и газа по магистральным трубопроводам указываются следующие доводы:

1) «Представляется верным и соответствующим существу отношений по транспортировке по магистральным трубопроводам отсутствие у отправителя или получателя на односторонний отказ от исполнения договора».

В обоснование этого утверждения указывается, что в рамках транспортного процесса реализация права на односторонний отказ от исполнения договора без указания причин со стороны отправителя повлечет технологические трудности для транспортной организации при реализации данного права отправителя, и *inter alia* поэтому п. 2 ст. 779 ГК РФ из-под действия правил о возмездном оказании услуг было выведено регулирование отношений по перевозке¹⁴.

К сожалению, К.В. Корепанов не поясняет, с какими именно технологическими трудностями для ГРО/ГТО связана невозможность покупате-

ля/поставщика газа отказаться в одностороннем порядке от оказания услуг по транспортировке газа. Односторонний отказ от договора транспортировки повлечет только обязанность прекратить подачу/отбор газа. Особых технологических трудностей для ГРО/ГТО это не влечет.

Собственно, спорным является и само утверждение о том, что из-под действия правил о возмездном оказании услуг было выведено регулирование отношений по перевозке из-за неких трудностей для транспортной организации, связанных с односторонним отказом отправителя.

Даже если бы специальные императивные нормы права прямо исключали возможность немотивированного одностороннего отказа, это не повлияло бы на предмет договора оказания услуг по транспортировке газа и не изменило бы его содержание. Право на односторонний отказ не является идентифицирующим признаком договора возмездного оказания услуг. Отнесение договора транспортировки газа к публичному¹⁵ не умаляет право «слабой стороны» на немотивированный

¹⁴ Корепанов К. В. Указ. соч. С. 104.

¹⁵ Положение об обеспечении доступа организаций к местным газораспределительным сетям (утв. Постановлением Правительства РФ от 24 ноября 1998 г. № 1370).

Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022); Положение об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром» (утв. постановлением Правительства РФ от 14 июля 1997 г. № 858). Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

односторонний отказ с обязанностью возместить понесенные расходы.

Кроме того, как было отмечено в п. 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», положения ст. 782 ГК РФ, дающие право на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора и предусматривающие неравное распределение между сторонами неблагоприятных последствий прекращения договора, не исключают возможность согласования сторонами договора иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне).

Соответственно, право на односторонний отказ в зависимости от условий договора может оказаться далеко не безвозмездным.

Относительно же довода об отсутствии права на односторонний отказ от договора транспортировки в специальном законодательстве достаточно отметить, что такое отсутствие упоминания не является молчаливым запретом. Поставщик («отправитель») и покупатель («получатель») не лишены права ссылаться на ст. 782 ГК РФ как общий закон.

2) «...согласно п. 1 ст. 781 ГК РФ заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги, по условиям же договора об оказании услуг по транспортировке

нефти по магистральным трубопроводам заказчик обязан оплатить транспортировку заявленного им количества нефти вне зависимости от факта их потребления»¹⁶.

Подобное правило может содержаться и в договорах на поставку и транспортировку газа. Однако оно не свидетельствует об отсутствии права на односторонний отказ. Такая оплата за непотребленный ресурс имеет целью компенсировать имущественные потери, возникающие в результате резервирования пропускной способности, по-

влекшего отказ организации трубопроводного транспорта другим заинтересованным лицам в доступе к свободной мощности.

Автором не раскрывается, каким образом связывается факт потребления и обеспечения перемещения товара в трубопроводе. Деятельность транспортной организации совершается независимо от факта потребления. Объем потребления не влияет на объем оказанных услуг по транспортировке.

3) Последним доводом К.В. Корепанова становится ссылка на Л.И. Шевченко, которая указывает, что «рас-

смотрение данного договора исключительно как договора возмездного оказания услуг исключает возможность отнесения к его предмету нефти, в отношении которой такие услуги оказываются, что вряд ли является правильным, поскольку главной целью заключения данного договора для отправителя (потребителя) является получение определенного количества нефти с определенными качественными характеристиками в определенном месте (пункте назначения), независимо от факта, что им предварительно могла быть передана для отправки (в пункте отправления) соответствующей транспортной организации (оператору) нефть с иными качественными характеристиками»¹⁷.

**ОПЛАТА
ЗА НЕПОТРЕБЛЕННЫЙ
РЕСУРС ИМЕЕТ ЦЕЛЮ
КОМПЕНСИРОВАТЬ
ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ПОТЕРИ,
ВОЗНИКАЮЩИЕ В РЕЗУЛЬТАТЕ
РЕЗЕРВИРОВАНИЯ
ПРОПУСКНОЙ СПОСОБНОСТИ,
ПОВЛЕКШЕГО ОТКАЗ
ОРГАНИЗАЦИИ
ТРУБОПРОВОДНОГО
ТРАНСПОРТА ДРУГИМ
ЗАИНТЕРЕСОВАННЫМ ЛИЦАМ
В ДОСТУПЕ К СВОБОДНОЙ
МОЩНОСТИ**

¹⁶ Корепанов К. В. Указ. соч. С. 104.

¹⁷ Корепанов К. В. Указ. соч. С. 105.

По какой причине именно к предмету договора на транспортировку должны быть отнесены качественные характеристики жидкости или газа, которые перемещаются по трубопроводу, не раскрывается. Сам газ относится к предмету договора поставки, а не транспортировки. Условия о качестве товара являются обычными, без их наличия договор не считается незаключенным.

Хотя обеспечение соответствия качества газа нормативным требованиям и входит в обязательства ГРО/ГТО, это не означает, что такое обязательство относится (должно относиться) к предмету договора транспортировки. Отсутствие в договоре на транспортировку газа условия о качестве газа не лишает и не должно лишать такой договор силы.

Для условий о качестве существует ст. 309 ГК РФ¹⁸, устанавливающая, что обязательства исполняются в соответствии с требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Таким образом, в науке не сложилось весомых аргументов в пользу того, что договор на транспортировку газа по трубопроводам является самостоятельным непоименованным видом договора и не подлежит регулированию гл. 39 ГК РФ.

При этом в настоящий момент на практике к отношениям по транспортировке газа применяются нормы гл. 39 ГК РФ¹⁹: «Судами правомерно отмечено, что транспортировка газа осуществляется газотранспортной организацией на основании договора транспортировки газа, заключаемого между такой организацией и поставщиком газа, и обеспечивает поставку газа потребителю, то есть сопутствует ей. В этой связи транспортировка не предполагает поставку и потребление газа, характерное для отношений по энергоснабжению (поставка газа), а является возмездным оказанием услуг»²⁰.

В связи с изложенными выше практическими и теоретическими доводами, более обоснованной точкой зрения видится определение договора

транспортировки газа по трубопроводам как договора оказания услуг.

Договор оказания услуг по транспортировке газа следует отличать от иного, схожего с ним договора на техническое обслуживание газопровода. Отличительным признаком договора на техническое обслуживание является то, что исполнитель совершает действия в отношении конкретного индивидуально-определенного газопровода. При этом такой газопровод принадлежит заказчику, а не исполнителю.

Получается, что особенностью договора оказания услуг по транспортировке газа, в отличие от договора на техническое обслуживание, является содержание ГТО/ГРО своих собственных сетей, а не чужих. Казалось бы, согласно ст. 210 ГК РФ собственник должен сам нести бремя содержания принадлежащего ему имущества. Это противоречие объясняется следующим.

Как уже было раскрыто выше, смыслом оказания услуг по транспортировке газа является обеспечение необходимого давления в месте потребления, что возможно только при наличии необходимого уровня давления во всей остальной системе газоснабжения. Следовательно, потребители платят за деятельность специализированной организации по обеспечению бесперебойной работы всей сети газоснабжения, которая ей принадлежит, но которой пользуются все потребители совместно.

Сама по себе сеть газоснабжения не представляет экономического интереса, ее функциональное назначение состоит в доставке газа к потребителю. В содержании данной сети заинтересован не ее собственник, а потребители газа, которые технологически присоединены к данной сети. Поэтому в договоре на оказание услуг по транспортировке газа плата за содержание чужого имущества, обеспечивающего передачу газа, перекладывается на потребителя, вопреки положению ст. 210 ГК РФ. В ином случае не нашлось бы желающих просто так содержать сеть газоснабжения.

Из этого вытекает присущая отношениям по транспортировке газа их «коммунальная» (от лат.

¹⁸ Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

¹⁹ См., например, Определения Верховного Суда РФ от 7 апреля 2021 г. № 309-ЭС21-749 по делу № А50-38892/2019; от 16 октября 2020 г. № 307-ЭС20-16286 по делу № А05П-605/2019. Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

²⁰ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 30 апреля 2019 г. № Ф04-505/17 по делу № А75-6691/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 27 августа 2019 г. № 304-ЭС19-13444 отказано в передаче дела для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ). Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

communis – общий)²¹ специфика. Потребители платят не за сам факт владения ГРО/ГТО газопроводом, а за присущую им специфическую публично востребованную («коммунальную», общую для всех) деятельность. Исходя из такой востребованности, государство вводит регулирование тарифов на оказание услуг по транспортировке газа. В эти тарифы включаются практически все расходы специализированной организации, относящиеся к деятельности по содержанию принадлежащих ей сетей.

Размер тарифа на транспортировку газа по газораспределительным сетям устанавливается в руб. за 1000 куб. м., а по магистральным газопроводам – в руб. за 1000 куб. м газа на 100 км²². Из-за этого может показаться, что потребители платят за объем газа, перемещенного по трубопроводу, что свидетельствует о перевозочном характере договора транспортировки газа. Однако более глубокий анализ отношений приводит к иным выводам.

Специализированная организация непосредственно сама не производит действий по перемещению газа в пространстве²³. Как было указано выше, тариф устанавливается для покрытия расходов ГРО/ГТО на осуществление деятельности по содержанию и обеспечению работоспособности принадлежащих им систем газоснабжения²⁴. При этом объем выполняемых на газопроводах работ не изменяется в зависимости от объема транспортируемого газа. Большой объем перемещения газа также не увеличивает нормативный износ газопроводов.

Стоимость услуг по транспортировке газа по магистральным газопроводам увеличивается в зависимости от расстояния. Здесь расстояние используется как критерий для определения объема работ и расходов по содержанию газотранспортной систе-

мы. Чем больше расстояние, тем больше задействовано газопроводов, технологических устройств, трудовых ресурсов и т.д. Система магистральных трубопроводов более линейная и протяженная, поэтому здесь фактор расстояния 1) более существенно влияет на объем совершаемых действий и 2) проще определяется.

При транспортировке газа по газораспределительным сетям его перемещение происходит по довольно разветвленной и взаимосвязанной сети, имеющей сравнительно небольшое расстояние. Эти факторы затрудняют определение использованных в транспортировке газопроводов, а также, соответственно, маршрута и расстояния перемещения газа,

особенно в случае закольцованной газораспределительной системы. Поэтому в транспортировке газа по газораспределительным сетям расстоянием пренебрегают.

Таким образом, плата за оказание услуг по транспортировке газа направлена не на оплату за перемещение конкретного объема газа, а на возмещение ГРО/ГТО их расходов, которые они производят для того, чтобы газ вообще

мог поступать потребителям. Объемы потребленного (транспортированного конечному потребителю) газа выступают в данном механизме в качестве критерия для распределения бремени участия потребителей в возмещении расходов специализированной организации. Чем больше газа отобрал тот или иной потребитель, тем больше он должен внести вклад в содержание сети газоснабжения.

В этом отношении прослеживается некая аналогия с содержанием общего имущества собственников многоквартирного дома или садового товарищества, только в гораздо большем масштабе газотранспортной и газораспределительной систем.

ОБЪЕМЫ ТРАНСПОРТИРОВАННОГО ГАЗА ВЫСТУПАЮТ В КАЧЕСТВЕ КРИТЕРИЯ ДЛЯ РАСПРЕДЕЛЕНИЯ БРЕМЕНИ УЧАСТИЯ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ В ВОЗМЕЩЕНИИ РАСХОДОВ СПЕЦИАЛИЗИРОВАННОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

²¹ Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка. Чудинов А.Н., 1910. // URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/20396/%D0%9A%D0%9E%D0%9C%D0%9C%D0%A3%D0%9D%D0%90%D0%9B%D0%AC%D0%9D%D0%AB%D0%99#sel=5.9.5.9 (дата обращения 24.05.2022).

²² См. Приказ Федеральной службы по тарифам от 23 августа 2005 г. №388-з/1 «Об утверждении Методики расчета тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам». Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022) и Приказ Федеральной службы по тарифам от 15 декабря 2009 г. № 411-з/7 «Об утверждении Методических указаний по регулированию тарифов на услуги по транспортировке газа по газораспределительным сетям». Доступ из СПС «ГАРАНТ» (дата обращения 24.05.2022).

²³ Кузнецов, К.Б. Договоры поставки и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа, особенности правового регулирования: диссертация. ... кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2012 С. 40-41.

²⁴ «Тарифным решением по существу утверждается план экономической деятельности газотранспортной организации, придерживаясь которого последняя вправе рассчитывать на получение необходимой валовой выручки за счет оплаты оказываемых ею услуг» Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 2 ноября 2018 г. № 08АП-9915/18 по делу № А75-6691/2016.

Подводя итог, можно заключить, что договор транспортировки газа по трубопроводам представляет собою один из видов возмездного оказания услуг. При этом этот договор не может быть отнесен к транспортным. Его назначение направлено на возмещение собственникам систем газоснабжения их расходов на обеспечение функциональности газопроводов и уплате им вознаграждения за выполнение общественно востребованной деятельности.

По сути, плата за транспортировку направлена на содержание самой ГРО/ГТО, а не конкретных газопроводов.

Тарифное регулирование платы за транспортировку газа распределяет бремя компенсации таких расходов между потребителями по их потребностям, которые устанавливаются исходя из объема отобранного газа, а не количества совершенных ГРО/ГТО действий.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Еренков, О.Ю. Трубопроводный транспорт в химической технологии: учеб. пособие / О.Ю. Еренков, А.П. Богачев. Хабаровск: Изд-во Тихоокеан. гос. ун-та, 2016. – 101 с.
2. Кузнецов, К.Б. Договоры поставки и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа, особенности правового регулирования: диссертация. ... кандидата юридических наук. Екатеринбург, 2012. – 191 с.
3. Шевченко, Л. И. Понятия «присоединенная сеть» и «магистральный трубопровод» и их значение при разграничении договорных конструкций, используемых в сфере снабжения энергией и энергоресурсами / Л. И. Шевченко // Труды Института государства и права Российской академии наук. – 2016. – № 6. – С. 112-122.
4. Кузнецов, К. Б. Правовое регулирование поставки газа через присоединенную сеть / К. Б. Кузнецов // Российский юридический журнал. – 2009. – № 5(68). – С. 236-240.
5. Башунов, В.В. Договоры купли-продажи и транспортировки газа через присоединенную сеть: правовая природа и порядок заключения: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. Саратов, 2005. – 26 с.
6. Корепанов, К. В. Правовое регулирование транспортировки нефти и газа по магистральным трубопроводам: диссертация. ... кандидата юридических наук. Москва, 2016. – 210 с.
7. Логофет Д.Д. Договор транспортировки нефти по магистральному нефтепроводу // «Право и экономика». – 2003. – № 4. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
8. Лукьяненко, В. Е. Правовое регулирование отношений в сфере транспортировки нефти, газа и других энергетических ресурсов по трубопроводам / В. Е. Лукьяненко // Аграрное и земельное право. – 2020. – № 1(181). – С. 66-71.
9. Федорова, Е. Б. Комплексное научно-технологическое обоснование производства сжиженного природного газа: диссертация ... доктора технических наук. М., 2019. – 360 с.

Нормативно-правовые акты:

10. Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
11. Часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
12. Положение об обеспечении доступа организаций к местным газораспределительным сетям (утв. Постановлением Прави-

тельства РФ от 24 ноября 1998 г. № 1370). – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).

13. Положение об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества «Газпром» (утв. постановлением Правительства РФ от 14 июля 1997 г. № 858). – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
14. Приказ Федеральной службы по тарифам от 23 августа 2005 г. №388-э/1 «Об утверждении Методики расчета тарифов на услуги по транспортировке газа по магистральным газопроводам». – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
15. Приказ Федеральной службы по тарифам от 15 декабря 2009 г. № 411-э/7 «Об утверждении Методических указаний по регулированию тарифов на услуги по транспортировке газа по газораспределительным сетям». – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).

Судебная практика:

16. Определение Верховного Суда РФ от 7 апреля 2021 г. № 309-ЭС21-749 по делу № А50-38892/2019. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2021).
17. Определение Верховного Суда РФ от 16 октября 2020 г. № 307-ЭС20-16286 по делу № А05П-605/2019. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2021).
18. Определение Верховного Суда РФ от 27 августа 2019 г. № 304-ЭС19-13444 по делу № А75-6691/2016. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
19. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 30 апреля 2019 г. № Ф04-505/17 по делу № А75-6691/2016. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).
20. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 2 ноября 2018 г. № 08АП-9915/18 по делу № А75-6691/2016. – Текст: электронный // URL: <https://internet.garant.ru/> (дата обращения 24.05.2022).

Электронные ресурсы:

21. Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка. – Чудинов А.Н., 1910. – Текст: электронный // URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/20396/%D0%9A%D0%9E%D0%9C%D0%9C%D0%A3%D0%9D%D0%90%D0%9B%D0%AC%D0%9D%D0%AB%D0%99%sel=5:9:5:9 (дата обращения 24.05.2022).



УДК 347.77



Марданов Нариман Рахманович
(nmardanov888@mail.ru)

Аспирант 1 курса обучения
юридического факультета
Российской государственной академии
интеллектуальной собственности

Nariman Mardanov Rakhmanovich

1st-year postgraduate student
Faculty of Law
Russian State Academy
of Intellectual Property

ПРОБЛЕМЫ ДЕЙСТВУЮЩЕЙ И ВОЗМОЖНОЙ ОХРАНОСПОСОБНОСТИ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА, СОЗДАНЫХ ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

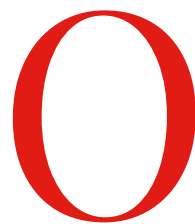
PROBLEMS OF CURRENT AND POSSIBLE PROTECTION OF COPYRIGHT OBJECTS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

АННОТАЦИЯ: Развитие искусственного интеллекта и его вторжение в сферу творчества порождает проблемы в сфере интеллектуальной собственности. Встречающиеся попытки признания автором искусственного интеллекта, неудовлетворенность текущим регулированием, различные подходы в доктрине и практике обуславливают актуальность исследования. Основное внимание уделено проблеме охраноспособности произведений, созданных искусственным интеллектом. Анализируются различные подходы по решению указанной проблемы, а также связанные с ней иные проблемы. В конце исследования предлагается авторский подход к их решению.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: искусственный интеллект, правовое регулирование, авторское право, интеллектуальная собственность, творчество, новые технологии, робототехника.

ANNOTATION: The development of artificial intelligence and its intrusion into the sphere of creativity creates problems in the field of intellectual property. The attempts to recognize artificial intelligence by the author, dissatisfaction with the current regulation, different approaches in doctrine and practice determine the relevance of the research. The main attention is paid to the problem of the protection of works created by artificial intelligence. Various approaches to solving this problem, as well as other problems related to it, are analyzed. At the end of the study, the author's approach to solving them is proposed.

KEY WORDS: artificial intelligence, legal regulation, copyright, intellectual property, creativity, new technologies, robotics.



дной из развивающихся технологий нашего столетия является технология искусственного интеллекта (далее в работе – ИИ). Она проникает в различные сферы деятельности человека, в том

числе в творческую. К известным достижениям искусственного интеллекта в этой области можно отнести: картину «новый Рембрандт»; программу Emily Howell, способную создавать музыку, схожую с шедеврами Баха, Бетховена и др. композиторов; картины ruDALL-E компании Сбербанк; «автоматический поэт» компании Яндекс и др. Некоторые имеют имущественную ценность и продаются за немалое вознаграждение (портрет Эдмонда де Белами)¹.

Данная ситуация влияет на сферу авторских и смежных прав, вызывая следующие проблемы: определение правового статуса искусственного интеллекта (признавать ли его субъектом права); проблема определения охраноспособности произведений, созданных ИИ, и выбора режима их правового регулирования (с позиции авторского права, смежных прав и др.); проблема определения правообладателя при создании произведений искусственным интеллектом и др. При этом технологии искусственного

¹ «Нейросеть заработала первый \$1 млн на продаже картин» 03.02.2022. URL: <https://trends.rbc.ru/trends/industry/61e7f97c9a7947140a9338da> (дата обращения: 11.05.2022).

интеллекта могут самостоятельно (автономно) создавать произведения, а также выступать инструментом в руках автора-человека.

В «Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г.» отмечается, что развитие технологий искусственного интеллекта ставит серьезные вызовы правовой системе России, в которой в настоящее время отсутствует специальное законодательное регулирование вопросов, связанных с искусственным интеллектом, в то время как в зарубежных странах уже принимаются начальные шаги по урегулированию данных отношений².

Там же отмечается необходимость решения проблем охраноспособности произведений, созданных ИИ, определения правообладателя на такие произведения и др.³

Пользователи, разработчики и владельцы систем ИИ заинтересованы в применении и коммерциализации не только ИИ, но и произведений, созданных им, а также в защите связанных с этим прав. Игнорирование существующих проблем создает такие риски и угрозы бизнесу и обществу, как невозможность обеспечения защиты прав лиц, использующих ИИ, снижение стимулов для такого использования, снижение инвестиций в эту область, отставание России в развитии науки и техники в этой сфере, ослабление защиты прав и обесценивание творчества автора-человека.

Понятие и виды искусственного интеллекта

В 1956 г. на Дартмутском семинаре «Исследования искусственного интеллекта» Джоном МакКарти был введен термин «Artificial Intelligence» (Искусственный Интеллект). На сегодняшний день отсутствует четкое общепризнанное техническими специалистами определение этого термина⁴. Специалист по искусственному ин-

теллекту Роман Душкин понимает под искусственным интеллектом междисциплинарную область исследований и набор технологий, позволяющих создавать технические системы, решающие задачи, ранее доступные только человеку⁵.

Данная проблема актуальна и для правовой доктрины. Так, В.А. Лаптев отмечал, что понятие «искусственный интеллект» является одновременно изученным и дискуссионным⁶. И.Р. Бегишев и Э.Ю. Латыпова констатируют, что в правовой доктрине отсутствует определение ИИ⁷. По мнению А.А. Васильева, отсутствие

четкой юридической дефиниции искусственного интеллекта сдерживает решение иных юридических проблем (правосубъектность ИИ, ответственность за вред, причиненный им и др.)⁸.

Лаконичное определение искусственного интеллекта предлагают В.Н. Синельникова и О.В. Ревинский, толкуя его как компьютерную программу, созданную человеком и способную

В 1956 Г. НА ДАРТМУТСКОМ СЕМИНАРЕ «ИССЛЕДОВАНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА» ДЖОНОМ МАККАРТИ БЫЛ ВВЕДЕН ТЕРМИН «ARTIFICIAL INTELLIGENCE» (ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ). НА СЕГОДНЯШНИЙ ДЕНЬ ОТСУТСТВУЕТ ЧЕТКОЕ ОБЩЕПРИЗНАННОЕ ТЕХНИЧЕСКИМИ СПЕЦИАЛИСТАМИ ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЭТОГО ТЕРМИНА

² Гл. 1 раздела I «Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г.», утв. Распоряжением Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р // Собр. законодательства РФ, 31.08.2020, N 35, ст. 5593.

³ Там же гл. 12 раздела II.

⁴ Душкин Р.В. Искусственный интеллект. - М.: ДМК Пресс, 2019. С. 45.

⁵ Там же. С. 49.

⁶ Лаптев В.А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 2. С. 82.

⁷ Бегишев И.Р., Латыпова Э.Ю., Кирпичников Д.В. Искусственный интеллект как правовая категория: доктринальный подход к разработке дефиниции // Актуальные проблемы экономики и права. 2020. Т. 14. № 1. С. 80.

⁸ Васильев А.А., Шлоппер Д., Матаева М.Х. Термин «искусственный интеллект» в российском праве: доктринальный анализ // Юрислингвистика. 2018. № 7-8. С. 38.

(в силу заложенной в нее командной архитектуры) создавать новую информацию или выраженные объективно результаты своей деятельности⁹.

В доктрине встречается множество определений термина «искусственный интеллект». Самым объемным и известным является данное П.М. Морхатом определение, выработанное на основе анализа доктринальных и легальных терминов, предложенных в России и в зарубежных странах¹⁰.

Легальная дефиниция термина «искусственный интеллект» в отечественном законодательстве закреплена в Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 г. (далее – Национальная стратегия), утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490. В пп. «а» п. 5 указанного документа искусственный интеллект определяется как комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека. В данном определении предпринята хорошая попытка охватить широкий спектр проявлений ИИ и, в целом, может быть актуальна в будущем.

Аналогичное определение содержится в Федеральном законе от 24.04.2020 № 123, регламентирующем проведение эксперимента по специальному правовому регулированию в целях создания необходимых условий для разработки, внедрения и применения результатов использования технологий искусственного интеллекта в г. Москве¹¹.

В зарубежном законодательстве легальные дефиниции редко встречаются¹². При этом в Японии, США, Китае, Южной Кореи, Германии,

Великобритании принимают регламентирующие меры в отношении робототехники и искусственного интеллекта¹³.

Проанализировав вышеуказанные и иные дефиниции, мы выделили признаки ИИ, имеющие значение для права в целом и нашей работы:

1. это электронная, в том числе виртуальная, компьютерная система;
2. способна имитировать когнитивные способности человека;
3. это полностью или частично автономная система;
4. способна получать, анализировать, обрабатывать, изменять и хранить информацию, а также рационально принимать решения;
5. способна к обучению и самообучению;
6. имеет большую производительность, в отличие от человека.

Одним из менее оспариваемых положений является выделение «сильного» и «слабого» искусственного интеллекта, предложенное философом Дж. Серлом¹⁴. **Под сильным ИИ** понимают такой искусственный интеллект, который воспринимает самого себя в качестве отдельной личности. Предполагается, что у такой системы появится самосознание с дальнейшим выходом в автономный режим жизнедеятельности и наличие возможности самопрограммирования¹⁵.

Под слабым ИИ понимают интеллектуальные системы, которые решают слабо алгоритмизируемые или вовсе неалгоритмизируемые задачи методами, схожими с теми, которые использует для решения таких задач человек. Слабый ИИ представляет собой реализацию отдельных когнитивных функций человеческого разума для достижения конкретных целей (наличие самосознания не предполагается). Роман Душкин отмечает, что сейчас мы наблюдаем проявление слабого ИИ¹⁶.

⁹ Синельникова В.Н., Ревинский О.В. Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. 2017. № 4. С. 18.

¹⁰ Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы // дис. д-ра юрид. Наук. 12.00.03. М., 2018. С. 92-93.

¹¹ Федеральный закон «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» № 123-ФЗ от 24.04.2020 г. // Собр. законодательства РФ, 27.04.2020, N 17, ст. 2701.

¹² Морхат П.М. Указ. соч. С. 88.

¹³ Морхат П.М. Указ. соч. С. 55.

¹⁴ Душкин Р.В. Указ. соч. С. 44.

¹⁵ Там же С. 44.

¹⁶ Там же С. 48.

О применимости критериев охраноспособности к произведениям, созданным искусственным интеллектом

Весьма точно О.В. Луткова раскрывает понятие охраноспособности авторских произведений применительно к отечественному и зарубежному законодательству. Так, под охраноспособностью авторских произведений она понимает соответствие конкретного результата интеллектуальной деятельности комплексу критериев, специфичных для охраняемых авторским правом объектов и представляющих собой юридический механизм идентификации объектов авторского права в конкретном государстве¹⁷. При этом в каждом государстве критерии идентификации произведений имеют терминологическую специфику («творческий характер», «оригинальность», «индивидуальность», «новизна» и др.).

В российской доктрине выделяют два критерия охраноспособности: творческий характер труда автора и объективную форму произведений¹⁸.

Анализ ст. 1228 и 1257 ГК РФ показывает, что автором считается гражданин, творческим трудом которого создано произведение. Согласно данным положениям искусственный интеллект не признается автором произведений, и произведения, созданные им, не охраняются.

Касательно творческого характера произведений, созданных ИИ, отметим следующее. Верховный суд России в одном из пленумов указал, что презюмируется творческий характер труда, а «само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права»¹⁹. В этом же пленуме ВС РФ подчеркивается, что творческий характер деятельности не зависит от создания произведения с помощью технических средств, однако, если отсутствует творческий характер при таком использовании (автоматическая фото- и видеосъемка правонарушений камерой), то получен-

ные результаты объектом авторского права не являются. Здесь под охраняемые объекты может подпадать создание произведений автором с использованием технологий искусственного интеллекта. Но про статус произведений, созданных ИИ самостоятельно, там не говорится.

Возможность творческого характера деятельности искусственного интеллекта, по своей сути, находится за пределами права. Однако есть правоведы, которые отмечают неспособность ИИ к творческому труду²⁰.

Стоит отметить, что одним из необходимых компонентов создания произведений ИИ является BIG-DATA (большие данные). На основе анализа иных произведений технология ИИ создает собственное, часто путем имплементации и/или переработки.

Требование об объективной форме произведений содержится в п. 3 ст. 1259 ГК РФ. Указанная норма гласит, что авторские права распространяются на произведения, выраженные в какой-либо объективной форме (письменной, устной и др.). Произведения, созданные ИИ, могут соответствовать данному критерию. Но этого недостаточно для их охраноспособности.

В «Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 года» отмечается, что потенциальная «неохраноспособность» результатов деятельности, полученных с использованием систем искусственного интеллекта и робототехники, может дестимулировать разработку и внедрение таких систем²¹. Рассмотрим подходы, направленные на решение этой проблемы.

Доктринальные подходы решения проблемы охраноспособности объектов авторского права, созданных искусственным интеллектом

Несмотря на то, что сейчас человечество имеет дело со «слабым» искусственным интеллектом,

¹⁷ Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизивно-правовое регулирование: дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2018. С. 33.

¹⁸ Там же с. 46-47.

¹⁹ П. 80 Постановление Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. N 7. июль, 2019.

²⁰ Савина В.С. Искусственный интеллект и современное искусство: проблемы и перспективы // Право и бизнес. 2021. № 3. С. 3.

²¹ Гл. 12 раздел II «Концепция развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г.», утв. Распоряжением Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р // "Собрание законодательства РФ", 31.08.2020, N 35, ст. 5593.

часто его произведения трудно отличить от создаваемых человеком. В доктрине, а также практикуемыми юристами были предложены различные подходы по решению проблемы охраноспособности произведений, созданных искусственным интеллектом. Проанализировав их, мы выделили часто встречающиеся и интересные подходы, которые кратко рассмотрим.

Представители **первого подхода** отказываются от предоставления правовой охраны произведениям, созданным искусственным интеллектом. Их позиция основана на действующем законодательстве (консервативна). Если в создании произведения не принимал участие человек, то оно не охраняется. Чаще всего не охраноспособность связывается с тем, что ИИ выступает как инструмент в руках человека, который приобретает все права, либо такие произведения считаются перешедшими в общественное достояние²². Согласимся с В.Б. Наумовым, отмечавшим, что переход в общественное достояние произведений в момент их создания противоречит национальному и международному законодательству²³.

От себя добавим, что при переходе произведений в общественное достояние охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность произведения (п. 2 ст. 1282 ГК РФ). Однако возникает проблема определения авторства при создании таких произведений ИИ.

Сторонники **второго подхода** наделяют ИИ полной правосубъектностью, что повлечет охраноспособность произведений, созданных им. Они отмечают, что фактически искусственный интеллект является создателем таких произведений,

действуя как независимый источник интеллекта, а его разработчик (владелец) не может иметь прав на них²⁴. Известен случай, когда за роботом с ИИ признали правосубъектность, присвоив гражданство (Саудовская Аравия)²⁵. Мы же считаем преждевременным признание правосубъектности за ИИ.

Сторонники **третьего подхода** предлагают наделять искусственный интеллект особой правосубъектностью по аналогии с юридическим лицом. Сторонники данного подхода отмечают, что юридическое лицо – это фикция, не обладающая ни волей, ни сознанием так же, как и ИИ²⁶. И.Р. Бегишев считает обоснованным такой подход²⁷.

М.А. Рожкова отмечала, что в основе этой позиции лежит разное понимание теории фикции в зарубежных странах, и приводит в пример Корею, где рассматривается возможность распространения на ИИ режима юридического лица²⁸. «Если большинство стран поддержит данный подход, то России придется задуматься о пересмотре собственного законодательства», – заключает она.

Также отметим, что данный подход создает дополнительные проблемы. Юридическое лицо приобретает права и принимает обязанности через свои органы (ст. 53 ГК РФ), оно несет ответственность всем принадлежащим ему имуществом (ст. 56 ГК РФ), что не предусмотрено для искусственного интеллекта. Потенциально применение отдельных положений о юридическом лице в отношении ИИ будет уместным. Например, требование о внесении сведений об ИИ в определенный реестр для признания его правосубъектности по аналогии с п. 3 ст. 49 ГК РФ.

НЕСМОТЯ НА ТО, ЧТО СЕЙЧАС ЧЕЛОВЕЧЕСТВО ИМЕЕТ ДЕЛО СО «СЛАБЫМ» ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ, ЧАСТО ЕГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ ТРУДНО ОТЛИЧИТЬ ОТ СОЗДАВАЕМЫХ ЧЕЛОВЕКОМ

¹⁷ Подробнее: 1) Синельникова В.Н., Ревинский О.В. Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. 2017. № 4. С. 22-23, 26; 2) Наумов В.Б., Тютюк Е.В. К вопросу о правовом статусе «творчества» искусственного интеллекта // Правоведение. 2018. Т. 62, № 3. С. 535-537.

Наумов В.Б., Тютюк Е.В. Указ. соч. С. 537.

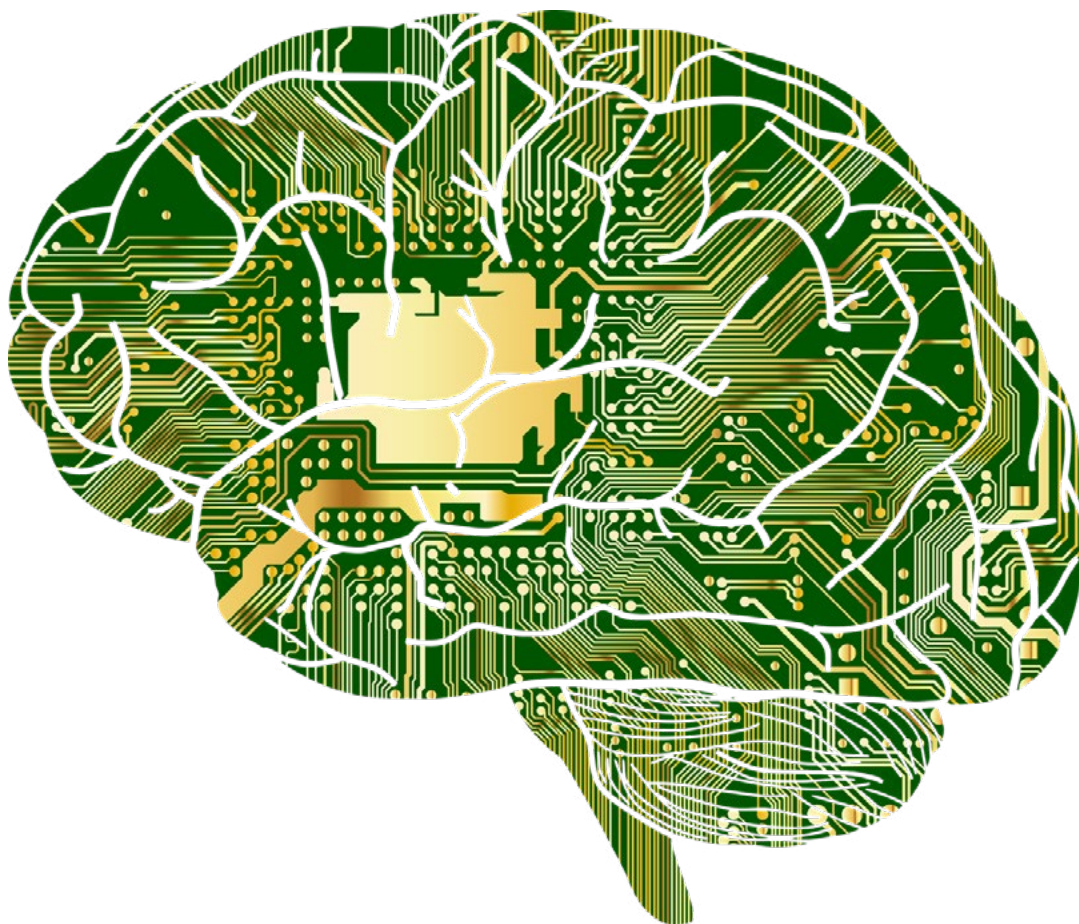
Морхат П.М. Указ. соч. С. 189-190.

«Человекоподобный робот София получила гражданство Саудовской Аравии» // Официальный сайт сетевого издания АО «Телекомпания НТВ». URL: <https://www.ntv.ru/video/1531144/> (дата обращения: 22.05.2022).

¹⁹ Афанасьев С.Ф. К вопросу о законодательном регулировании искусственного интеллекта. «Российская юстиция». 2020. № 7. С. 7.

²⁰ Бегишев И.Р. Искусственный интеллект и робот как правовые категории. «Безопасность бизнеса». 2020. № 6. С. 7.

См.: Выступление М.А. Рожковой на Международной научно-практической конференции «Искусственный интеллект и интеллектуальная собственность: вопросы правовой политики» 21.04.2021 г. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=E7JrCsCXpLI> (дата обращения: 22.05.2022 г.).



В четвертом подходе искусственный интеллект рассматривается как электронное лицо. Понятие «электронного лица» только разрабатывается, при этом некоторые специалисты отмечают, что это носитель ИИ, принимающий осознанные, независимые от разработчика решения, наделенный определенными правами и обязанностями и действующий под контролем человека²⁹. В качестве целей наделения искусственного интеллекта таким статусом обозначают следующие: освобождение создателей ИИ от потенциальной ответственности; решение проблем в сфере интеллектуальной собственности, связанных с ИИ; порождение правовых последствий действиями ИИ и их ощущение им; в целом для удобства с юридической точки зрения³⁰.

В качестве **пятого подхода** можно выделить позицию Р.Ш. Рахматуллиной, предлагающей пересмотр системы объектов авторского права, в

которой будут выделены объекты, созданные технологией искусственного интеллекта (отсутствует творческий труд человека), классические произведения и квазипроизведения (с невысоким уровнем творчества)³¹.

Объекты, созданные ИИ, по мнению автора, это объекты авторского права, которые не относятся по своим критериям и свойствам к произведению или квазипроизведению в силу того, что конечный продукт, созданный роботом или компьютерной программой без участия человека, не является результатом, созданным творческим трудом³². В качестве критериев охраноспособности таких объектов предлагаются: объективная форма выражения и отсутствие творческого труда (вклада) человека при их создании³³. При таком подходе правообладатель программы будет обладать исключительным (на 25 лет), а не личным неимущественным правом.

²⁹ Морхат П.М. Указ. соч. С. 289-302.

³⁰ Там же.

³¹ Рахматуллина Р.Ш. Концептуальные основы построения системы объектов авторского права//дис. д-ра юрид. наук: 12.00.03. М., 2021. С. 16.

³² Там же. С. 186.

³³ Рахматуллина Р.Ш. Указ. соч. С. 186.

Отметим, что здесь предпринята хорошая попытка предоставления охраноспособности произведениям ИИ путем их прямого указания.

Шестой подход связан с концептом «исчезающего» (нулевого) авторства, предполагающим отсутствие автора-человека как субъекта права и его творческого вклада при создании произведений ИИ³⁴. В таком случае объекты, созданные ИИ, подлежат свободному использованию, либо их охрана сводится к предоставлению иным лицам определенных прав. Например, ссылаясь на Закон Великобритании от 1988 г. «Об авторском праве, дизайне и патентах», отмечают существование прав авторства у лица, организовавшего процесс создания произведения ИИ³⁵.

Сторонники же **седьмого подхода** считают, что произведения, созданные ИИ, должны охраняться смежными права, путем введения самостоятельной категории³⁶. Ими предлагается закрепить права за лицом, организовавшим процесс использования ИИ, т. к. оно оказывает решающее влияние не только на процесс создания произведения, определяя задачи для ИИ, но и на результат, его характеристики. Опосредованно это лицо оказывает влияние на общественный прогресс. Также это стимулирует создание новых произведений и позволит обеспечить их коммерциализацию³⁷. А.В. Гаврилин считает, что наиболее подходящим может быть режим, аналогичный режиму базы данных, для защиты интересов и инвестиций изготовителя системы ИИ³⁸.

Данный подход весьма удачен, т.к. смежные права действуют и признаются независимо от наличия и действия авторских прав на такие произведения (п. 3 ст. 1303 ГК РФ). Они не привязаны

к творческому характеру деятельности, а правообладателем может выступать юридическое лицо (организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных и др.). Для этих прав характерен меньший срок и объем охраны.

Помимо рассмотренных семи подходов, встречаются другие, по-своему решающие проблему охраноспособности произведений, созданных ИИ (как ноу-хау или информацию; концепты гибридного авторства, служебного произведения и др.)³⁹.

В рамках данного раздела можно рассмотреть имеющуюся судебную и административную практику России и зарубежных стран по исследуемой проблеме.

Ю.С. Зубов (ныне Руководитель Роспатента) отмечал, что в ведущих патентных ведомствах мира (США, Китай, Япония, в т.ч. России и др.), придерживаются консервативных подходов, где авторство признается за человеком. Также он привел пример, где в 2019 году в нашей стране была попытка получить патент, указав в качестве изобретателя искусственный интеллект. По итогу заявителю было отказано⁴⁰.

Зарубежная практика в свою очередь также не однозначна. На сегодняшний день известен

спор, связанный с искусственным интеллектом DABUS, создателем которого является Стивен Талер. Так, он в 2018 и 2019 году подавал заявки на выдачу патентов в разных странах (Великобритании, США, Австралии и др.), где в качестве изобретателя указал искусственный интеллект.

Так, суд Великобритании, отметив, что только человек может иметь права и получить патент, а не машина, оставил в силе решение Ведомства по интеллектуальной собственности Великобритании

ШЕСТОЙ ПОДХОД СВЯЗАН С КОНЦЕПТОМ «ИСЧЕЗАЮЩЕГО» (НУЛЕВОГО) АВТОРСТВА, ПРЕДПОЛАГАЮЩИМ ОТСУТСТВИЕ АВТОРА- ЧЕЛОВЕКА КАК СУБЪЕКТА ПРАВА И ЕГО ТВОРЧЕСКОГО ВКЛАДА ПРИ СОЗДАНИИ ПРОИЗВЕДЕНИЙ ИИ

³⁴ Морхат П.М. Указ. соч. С. 219-220.

³⁵ Там же. С. 199-200.

³⁶ Доклад НИУ ВШЭ «Проблема машинного творчества в системе права: регулирование создания и использования результатов интеллектуальной деятельности с применением искусственного интеллекта, зарубежный опыт и российские перспективы» // под рук. В.О. Калятин. М.: Издательский дом ВШЭ. 2021. С. 18.

³⁷ Там же. С. 21.

³⁸ См.: Выступление А.В. Гаврилина Международная конференция Роспатента «Цифровая трансформация: интеллектуальная собственность и тренды искусственного интеллекта». 22.04.2021 г. URL: https://www.youtube.com/watch?v=RhvtZAp_U3I (дата обращения: 13.05.2022 г.).

³⁹ Подробнее: 1) Морхат П.М. Указ. соч. С. 183-184; 2) Наумов В.Б., Тютюк Е.В. Указ. Соч. с. 538.

⁴⁰ См.: Выступление Зубова Ю.С. на Международной научно-практической конференции «Искусственный интеллект и интеллектуальная собственность: вопросы правовой политики» 21.04.2021г. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=E7JrCsCkPlI> (дата обращения: 22.05.2022 г.).

об отказе в выдаче патента из-за указания в качестве изобретателя ИИ, а не человека⁴¹.

Ситуация немного изменилась в Австралии после привлечения внимания ВОИС (Всемирная Организация Интеллектуальной Собственности)⁴². Там суд отменил решение Патентного ведомства Австралии, которое отказало в выдаче патента ИИ DABUS, указав, что в законодательстве отсутствуют положения, не допускающие признание искусственного интеллекта изобретателем⁴³. Данная ситуация получила дальнейшее развитие в апреле 2022 г.

Так, Апелляционная коллегия Федерального суда Австралии отменила решение нижестоящего суда, указав, что патент выдается на результаты творческого труда человека, а действующее законодательство не допускает оформление патента на машину без имени, адреса и правоспособности⁴⁴.

Чем же в действительности руководствовался Тайлер – стоит догадываться, но одно можно сказать точно: он «попал в историю» как один из первых владельцев искусственного интеллекта, пытающийся признать авторство за своим созданием «Dabus».

Подобные попытки будут встречаться чаще, что только подтверждает актуальность необходимости правового регулирования данных отношений.

Что же касается сферы авторского права, то можно обратиться к интересному делу в Китае. Там рассмотрели дело *Tencent против Shanghai Yingxun Technology Company*, где суд г. Шэньчжэн

вынес решение, согласно которому произведение, созданное ИИ, защищается авторским правом (аналитический отчет)⁴⁵.

Таким образом, попытки признания авторства за искусственным интеллектом встречаются не только в авторском праве, но и в сфере патентного права. Мы можем резюмировать, что ни в доктрине, ни в судебной практике нет единства подходов в решении вопроса охраноспособности объектов авторского права, созданных искусственным интеллектом.

**АПЕЛЛЯЦИОННАЯ
КОЛЛЕГИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО
СУДА АВСТРАЛИИ
ОТМЕНИЛА РЕШЕНИЕ
НИЖЕСТОЯЩЕГО СУДА,
УКАЗАВ, ЧТО ПАТЕНТ
ВЫДАЕТСЯ НА РЕЗУЛЬТАТЫ
ТВОРЧЕСКОГО ТРУДА
ЧЕЛОВЕКА, А ДЕЙСТВУЮЩЕЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО
НЕ ДОПУСКАЕТ
ОФОРМЛЕНИЕ ПАТЕНТА
НА МАШИНУ
БЕЗ ИМЕНИ, АДРЕСА
И ПРАВОСПОСОБНОСТИ**

**Проблема определения
лица, обладающего
правами на
произведения, созданные
искусственным
интеллектом**

В ранее упомянутой «Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 года» также предлагалось решить вопрос о субъекте, которому будут принадлежать исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, созданные искус-

ственным интеллектом⁴⁶.

В доктрине нет единства по этому вопросу. Часто в качестве таковых указывают: А) разработчика искусственного интеллекта; Б) владельца носителя искусственного интеллекта; В) лицо, организовавшее процесс создания произведения искусственным интеллектом; Г) саму систему

⁴¹ Решение Патентного суда Высокого суда Англии и Уэльса по делу *Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks* [2020] № EWHC 2412 (Pat) от 21.09.2020 // офиц. сайт решений Высокого суда Англии и Уэльса (Патентный суд). URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html> (дата обращения: 26.05.2022).

⁴² Официальный сайт ВОИС. URL: https://www.wipo.int/wipo_magazine/ru/2021/03/article_0006.html (дата обращения: 26.05.2022).

⁴³ Решение Федерального суда Австралии по делу *Thaler v Commissioner of Patents* [2021] FCA 879, file number: VID 108 of 2021 от 30.07.2021 г. // офиц. сайт Федерального суда Австралии. URL: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (дата обращения: 26.05.2022).

⁴⁴ Решение Апелляционной инстанции Федерального суда Австралии по делу *Commissioner of Patents v Thaler* [2022] FCAFC 62, file number: VID 496 of 2021 от 13.04.2022 г. // офиц. сайт Федерального суда Австралии. URL: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0062> (дата обращения: 26.05.2022).

⁴⁵ Решение суда г. Шэньчжэн (Китай) по делу «Shenzhen Tencent Technology v. Yinxun Technology Company» // Официальный сайт судебной системы Китая. URL: https://english.court.gov.cn/2020-01/09/content_37531788.htm (дата обращения: 26.05.2022).

⁴⁶ гл. 2 раздела II «Концепция развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г.», утв. Распоряжением Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р // «Собрание законодательства РФ», 31.08.2020, № 35, ст. 5593.

искусственного интеллекта; Д) лицо, предоставившее для системы ИИ информацию (базу данных); Е) пользователя системы ИИ⁴⁷.

Не вдаваясь в подробности позиций по данной проблематике, хотим отметить следующее. Признание таких прав за самим искусственным интеллектом, как отмечали ранее, преждевременно. Если разработчик, поставщик информации, владелец системы искусственного интеллекта, а также лицо, которое организовало процесс создания произведения ИИ, совпадают, то проблема отсутствует и решается сама собой.

А в ситуации, когда такие лица не совпадают, стоит оставить решение этого вопроса за самими лицами в рамках договоров, в т.ч. пользовательских соглашений. Например, в пользовательских соглашениях нужно предусмотреть возникновение таких прав за пользователем ИИ. А когда лицо, организовавшее процесс создания произведения искусственным интеллектом, выступает в качестве работодателя для разработчиков, то исключительное право может ему принадлежать по аналогии с правами на служебное произведение (п. 2 ст. 1295 ГК РФ). Это лишь примерные способы решения данного вопроса. Необходимо учитывать положения п. 3 ст. 1228 ГК РФ, согласно которым исключительное право первоначально возникает у его автора, а затем может быть передано по договору или перейти к другим лицам.

Особо отметим, что возникает вопрос о виде прав, которые будут принадлежать вышеуказанным лицам, т. е. будут ли это права исключительными (авторскими или смежными) или личными неимущественными (право авторства, на имя и др.), а может быть, иными правами согласно ст. 1226 ГК РФ.

А.В. Гурко отмечал, что у созданных в процессе «машинного творчества» произведений нет автора и на них не может быть установлено личных неимущественных прав⁴⁸. А учитывая, что многие специалисты – приверженцы предоставления охраны произведениям ИИ с позиции смежных прав, проблема может решиться в их пользу (п. 2 ст. 1303 ГК РФ).

Изучив имеющиеся позиции в доктрине, а также судебную (административную) практику, мы можем предложить следующее решение проблемы охраноспособности произведений, созданных ИИ.

Авторский подход к решению проблемы охраноспособности произведений, созданных ИИ

Учитывая обозначенные ранее риски, а также отличия в возможностях искусственного интеллекта от человеческих, считаем избыточным предоставлять охрану каждому произведению, созданному ИИ, в т.ч. на перспективу. Для обеспечения охраноспособности таких произведений предлагаем установить следующие требования и условия.

Первое требование. Для защиты таких произведений предусмотреть создание и обязательную регистрацию в определенном реестре таких произведений*. Нам известно, что согласно п. 4 ст. 1259 ГК РФ для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо формальностей. Однако для недопущения вышеуказанных рисков, в т.ч. «обесценивания» человеческого творчества, такое требование будет справедливым. К тому же в указанной норме предусмотрена возможность регистрации программ для ЭВМ и баз данных по желанию правообладателя. Положения ст. 1262 ГК РФ о государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных можно распространить на произведения, созданные ИИ.

Охраноспособными будут считаться произведения, указанные в реестре, который будет открытым для всеобщего ознакомления. В реестре необходимо будет указывать сведения о правообладателе произведения, его контактные данные или уполномоченное лицо (для связи), срок охраны исключительного права и иные сведения. Также можно предусмотреть возможность ознакомления с произведением или с его описанием,

⁴⁷ См.: 1) Морхат П.М. Указ. соч. С. 196-220; 2) Доклад НИУ ВШЭ «Проблема машинного творчества в системе права: регулирование создания и использования результатов интеллектуальной деятельности с применением искусственного интеллекта, зарубежный опыт и российские перспективы» // под рук. В.О. Калятин. М.: Издательский дом ВШЭ. 2021. С. 9.

⁴⁸ Гурко А. Искусственный интеллект и авторское право: взгляд в будущее // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 12. С. 17-18.

* Далее в работе будет употребляться термин «реестр», который подразумевает тот, о создании которого мы пишем, если иное не указано.

если это не противоречит существу произведения (большинство произведений будет в электронной форме). За правообладателем можно закрепить право указывать в реестре на то, что произведение является общедоступным для использования, а также порядок и условия использования произведения.

Второе условие пересекается с предыдущим. Необходимо регистрировать носитель системы искусственного интеллекта в определенном реестре. Оно аналогично требованию, предъявляемому юридическому лицу, как условие возникновения у него правоспособности (п. 3 ст. 49 ГК РФ). Это может быть хорошей основой в будущем, когда за ИИ будет признаваться определенная правосубъектность, возникновение которой будет зависеть от его регистрации в реестре.

Третье требование связано с количеством произведений, которым будет предоставляться охрана. Выбор произведения, которое будет внесено в вышеуказанный реестр, оставить за правообладателем, чтобы он обдуманно подходил к этому вопросу. В качестве ориентира можем предложить не более трех произведений в месяц. В любом случае таких охраняемых произведений не должно быть больше, чем способен создать человек за аналогичное время.

Четвертое требование. Необходимо указание на факт создания произведения искусственным интеллектом, его наименование, номер регистрации в реестре, а также на правообладателя рядом с произведением или иным образом, идентифицирующим такие произведения как созданные ИИ. Это поможет ориентироваться в таких произведениях и любое заинтересованное лицо может обратиться к реестру для получения более подробных сведений.

Для данного требования можно приспособить норму п. 1 ст. 1300 ГК РФ, согласно которой информация, идентифицирующая произведение или правообладателя, содержится на оригинале или экземпляре произведения, приложена к нему или появляется в связи с сообщением в эфир, по кабелю либо доведением такого произведения до всеобщего сведения, а также любые цифры и коды, в которых содержится такая информация.

**В ДОКТРИНЕ ОТМЕЧАЕТСЯ, ЧТО
БЫЛИ ПОПЫТКИ УСТАНОВЛЕНИЯ
В КАЧЕСТВЕ ОДНОГО
ИЗ КРИТЕРИЕВ ПРОИЗВЕДЕНИЯ
«ОБЩЕСТВЕННУЮ ПОЛЕЗНОСТЬ»
(Б.С. МАРТЫНОВ, В.И. КОРЕЦКИЙ,
В.А. ПОПОВ), А В КАЧЕСТВЕ
ПРИЗНАКА – ЕГО «НОВИЗНУ»
(В.Я. ИОНАС), КОТОРЫЕ НЕ БЫЛИ
ВОСПРИНЯТЫ БОЛЬШИНСТВОМ
СПЕЦИАЛИСТОВ,
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ
И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКОЙ**

Пятое условие. В качестве такового укажем не столько конкретное требование, сколько предложение по пересмотру требований к самому произведению. Например, положение, касающееся достоинств и назначения произведений (п. 1 ст. 1259 ГК РФ). Если оно будет принято законодателем, то его можно считать условием охраноспособности произведений ИИ.

В доктрине отмечается, что были попытки установления в качестве одного из критериев произведения «общественную полезность» (Б.С. Мартынов, В.И. Корецкий, В.А. Попов), а в качестве признака – его «новизну» (В.Я. Ионас), которые не были восприняты большинством специалистов, законодательством и судебной практикой⁴⁹.

Стоит ли в связи с развитием технологий искусственного интеллекта пересмотреть данные положения? Согласитесь, было бы не корректным, даже недопустимым, предоставление охраны произведениям, созданным мощной и производительной системой ИИ, в которых преобладают вульгаризм, пропаганда употребления наркотиков или алкоголя, бранные слова, антиправительственные высказывания (экстремистского характера) и т. п., что часто встречается в произведениях у современных исполнителей и авторов. В целом, целесообразность охраны таких произведений вызывает вопросы, но в силу того, что

⁴⁹ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М: ООО «ТК Велби», 2003. С. 110-114.

они созданы человеком, соответствуют предъявляемым требованиям, а также отсутствуют какие-либо формальные и иные требования, авторские права на них защищаются (п. 1 и 4 ст. 1259 ГК РФ). Обозначенная проблема, скорее всего, находится в области соотношения морали и этики с правом.

Отметим, что в связи с развитием искусственного интеллекта в нашем государстве задаются вопросом целесообразности расширения толкования такого фундаментального понятия, как «творческий вклад»⁵⁰. Так почему бы не пересмотреть обозначенные нами требования к самому произведению, созданному искусственным интеллектом, как возможный вариант решения проблем?

Также рассматривают целесообразность предоставления охраны произведениям, созданным ИИ, в другом формате и с возможными изъятиями⁵¹. Здесь мы можем согласиться с мнением большинства специалистов о предоставлении такой охраны с позиции смежных прав и с учетом вышеуказанных нами требований и условий. При этом правообладателем по умолчанию можно считать лицо, организовавшее процесс создания произведения ИИ, чьи права будут ограничены сроком в 15 лет после создания произведения (как права изготовителя базы данных).

Таким образом, предлагаемый нами подход позволяет учитывать интересы лиц, участвующих в процессе создания произведений искусственным интеллектом, интересы общества и государства, а также позволит обеспечить сохранность ценности человеческого творчества.

Заключение

Технологии искусственного интеллекта в настоящее время уже способны создавать произведения, которые бывает сложно отличить от произведений, созданных автором-человеком. Несмотря на это, признавать авторство искусственного интеллекта большинство специалистов не спешит,

аналогичны позиции законодателя. Однако судебной практике, в основном зарубежной, известны случаи, когда такое происходило (судебные дела Стивена Талера с его ИИ «Dabus»).

Отсутствие единого понимания искусственного интеллекта как техническими специалистами, так и юристами не помешало отечественному законодателю закрепить легальную дефиницию такового. Проанализировав существующие подходы к термину «искусственный интеллект», мы выделили признаки, имеющие наибольшее значение для права, в т.ч. для сферы интеллектуальной собственности: это электронная, в т.ч. виртуальная, компьютерная система; она способна имитировать когнитивные способности человека; полностью или частично автономна; способна получать, анализировать, обрабатывать, изменять и хранить информацию, а также рационально принимать решения; способна к обучению и самообучению и имеет большую производительность, чем человек.

Проблема охраноспособности произведений, созданных ИИ, окончательно не решена, и с ней сопряжены проблемы определения режима правового регулирования, выбора субъекта, которому будут принадлежать права на такие произведения, вид таких прав и другие.

Анализ существующих доктринальных подходов по проблеме охраноспособности произведений ИИ показывает, насколько разнообразными могут быть способы ее решения. При этом мы не готовы соглашаться с подходами, решающими эту проблему путем признания определенной правосубъектности искусственного интеллекта, как полной, так и ограниченной (аналогия с юридическим лицом, теория «электронного лица»). В настоящее время мы имеем дело со «слабым» ИИ, и признавать статус субъекта права за ним преждевременно.

На наш взгляд, более интересными и практичными являются подходы, решающие эту проблему путем наделяния определенных лиц правами, смежными с авторскими, т. к. последние не зависят от наличия и действия авторских прав

⁵⁰ Гл. 2 раздела II «Концепция развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г.», утв. Распоряжением Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р // «Собрание законодательства РФ», 31.08.2020, № 35, ст. 5593.

⁵¹ Там же.

на произведения. В качестве такого лица часто называют лицо, организовавшее процесс создания произведения искусственным интеллектом. Также выделяют разработчиков, пользователей и владельца носителя ИИ и др. Как мы отмечали, такие лица могут совпадать, и вопрос о правообладателе отпадает. В случае же когда они отличаются, вопрос о правообладателе должен решаться по соглашению между ними, при этом первоначально такое право следует признать за лицом, организовавшим процесс создания произведения, т. к. он несет организационные и финансовые затраты.

Серьезное внимание нами было уделено требованиям и условиям, при соблюдении которых права на произведения, созданные ИИ, будут защищаться. Это сделано для того, чтобы учесть интересы бизнеса, государства и общества, а также не допустить воплощение рисков, связанных как с монополизацией правообладателями, так и с обесцениванием человеческого творчества. Среди таких требований и условий мы предлагаем: необходимость регистрации носителей ИИ; реги-

страция произведений ИИ в создаваемом реестре произведений, созданных ИИ; ограничение по количеству произведений, права на которые будут охраняться, и необходимость указания на факт создания произведения искусственным интеллектом. Также мы осмелились заявить о необходимости пересмотра требований к самому произведению (общественная ценность, новизна и др.) ввиду «вмешательства» искусственного интеллекта в сферу творчества, отметив, что в нашем государстве стремятся определить целесообразность расширения толкования другой фундаментальной категории «творческого вклада».

Таким образом, мы считаем возможным предоставление охраны произведениям, созданным искусственным интеллектом, при соблюдении определенных повышенных требований и условий к таким произведениям без признания авторства за ИИ. В качестве оптимального режима охраны можно использовать режим смежных прав как наиболее соответствующий интересам такой охраны. Интересы общества и автора-человека также будут учтены.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Душкин Искусственный интеллект. – М.: ДМК Пресс, 2019. – 280 с.
2. Братков А.Г. Искусственный разум, правовая система и функции государства: монография. – М.: ИНФРА-М, 2021. – 282 с.
3. Лаптев В.А. Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу // Право. Журнал Высшей школы экономики. № 2. 2019. С. 79-102.
4. Бегишев И.Р., Латыпова Э.Ю., Кирпичников Д.В. Искусственный интеллект как правовая категория: доктринальный подход к разработке дефиниции // Актуальные проблемы экономики и права. 2020. Т. 14. № 1. С. 79-91.
5. Васильев А.А., Шпоппер Д., Матаева М.Х. Термин «искусственный интеллект» в российском праве: доктринальный анализ // Юрислингвистика. 2018. № 7-8. С. 35-44.
6. Синельникова В.Н., Ревинский О.В. Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. 2017. № 4. С. 17-27.
7. Морхат П.М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы // дис. д-ра юрид. наук: 12.00.03, М., 2018. – 414 с.
8. Луткова О.В. Трансграничные авторские отношения: материально-правовое и коллизионно-правовое регулирование // дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03, М., 2018. – 414 с.
9. Право интеллектуальной собственности: учебник / под ред. Л.А. Новоселовой. Т.2: Авторское право. М.: Статут, 2017. – 233 с.
10. В.С. Савина Искусственный интеллект и современное искусство: проблемы и перспективы // Право и бизнес. 2021. № 3. С. 4.
11. Наумов В.Б., Тютюк Е.В. К вопросу о правовом статусе «творчества» искусственного интеллекта // Правоведение. 2018. Т. 62, № 3. С. 531-540.
12. Афанасьев С.Ф. К вопросу о законодательном регулировании искусственного интеллекта. «Российская юстиция». 2020. № 7. С. 9.
13. Бегишев И.Р. Искусственный интеллект и робот как правовые категории. «Безопасность бизнеса». 2020. № 6. С. 10.
14. Рахматуллина Р.Ш. Концептуальные основы построения системы объектов авторского права//дис. д-ра юрид. наук: 12.00.03. М., 2021. – 376 с.
15. Доклад НИУ ВШЭ «Проблема машинного творчества в системе права: регулирование создания и использования результатов интеллектуальной деятельности с применением искусственного интеллекта, зарубежный опыт и российские перспективы» // под рук. В.О. Калятин. М.: Издательский дом ВШЭ. 2021. – 38 с.
16. Гурко А. Искусственный интеллект и авторское право: взгляд в будущее // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 12. С. 7-18.

17. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М: ООО «ТК Велби», 2003. – 752 с.

Нормативно-правовые акты:

18. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (редакция от 25.02.2022) // Собр. законодательства РФ, 05.12.1994, N 32, ст. 3301.
19. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2022) // Собр. законодательства РФ, 25.12.2006, N 52 (1 ч.), ст. 5496.
20. Федеральный закон «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» № 123-ФЗ от 24.04.2020 г. // Собр. законодательства РФ, 27.04.2020, N 17, ст. 2701.
21. Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 г., утв. Указом Президента Российской Федерации от 10.10.2019 № 490 // Собр. законодательства РФ, 14.10.2019, N 41, ст. 5700.
22. Концепция развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 г., утв. Распоряжением Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р // Собр. законодательства РФ, 31.08.2020, N 35, ст. 5593.
26. Решение Апелляционной инстанции Федерального суда Австралии по делу Commissioner of Patents v Thaler [2022] FCAFC 62, file number: VID 496 of 2021 от 13.04.2022 г. // офиц. сайт Федерального суда Австралии. URL: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (дата обращения: 26.05.2022).
27. Решение суда г. Шэньчжэнь (Китай) по делу «Shenzhen Tencent Technology v. Yinxun Technology Company» // Официальный сайт судебной системы Китая. URL: https://english.court.gov.cn/2020-01/09/content_37531788.htm (дата обращения: 26.05.2022).

Электронные ресурсы:

Судебная практика:

23. Постановление Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. N 7. июль, 2019.
24. Решение Патентного суда Высокого суда Англии и Уэльса по делу Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs And Trade Marks [2020] EWHC 2412 (Pat) (21 September 2020) // офиц. сайт решений Высокого суда Англии и Уэльса (Патентный суд). URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html> (дата обращения: 26.05.2022).
25. Решение Федерального суда Австралии по делу Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879, file number: VID 108 of 2021 от 30.07.2021 г. // офиц. сайт Федерального суда Австралии. URL: <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2021/2021fca0879> (дата обращения: 26.05.2022).
28. «Нейросеть заработала первый \$1 млн на продаже картин» 03.02.2022 // Сайт Информационного агентства «РБК». URL: <https://trends.rbc.ru/trends/industry/61e7f97c9a7947140a9338da> (дата обращения: 11.05.2022).
29. Международная конференция Роспатента «Цифровая трансформация: интеллектуальная собственность и тренды искусственного интеллекта». 22.04.2021 г. URL: https://www.youtube.com/watch?v=RhvlZAp_U3I (дата обращения: 13.05.2022 г.).
30. VIII Ежегодная научно-практическая конференция на тему «Право неравнодушных. Интеллектуальная собственность в цифровой экономике». Международный Петербургский юридический форум. URL: <https://www.rcca.com.ru/news/action1.shtml?id=947&grid=2#r5> (дата обращения: 20.05.2022).
31. «Человекоподобный робот София получила гражданство Саудовской Аравии» // Официальный сайт сетевого издания АО «Телекомпания НТВ». URL: <https://www.ntv.ru/video/1531144/> (дата обращения: 22.05.2022).
32. Международная научно-практическая конференция «Искусственный интеллект и интеллектуальная собственность: вопросы правовой политики» 21.04.2021г. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=E7JrCsCXpLI> (дата обращения: 22.05.2022 г.).
33. Официальный сайт ВОИС. URL: https://www.wipo.int/wipo-magazine/ru/2021/03/article_0006.html (дата обращения: 26.05.2022).



УДК 347.922.3

Прокопенко Данил Романович
(danil.prokop3nko@yandex.ru)

Студент 3 курса бакалавриата
юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова
Danil Prokopenko
3rd-year student of bachelor
program Faculty of Law
Lomonosov Moscow State
University

Научный руководитель:
Борисова Елена Александровна

Доктор юридических наук, профессор
кафедры гражданского процесса
юридического факультета МГУ
имени М.В. Ломоносова
Academic supervisor:
Elena Borisova
Professor of the Department of Civil
Procedure, Faculty of Law, Lomonosov
Moscow State University

ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК УРЕГУЛИРОВАНИЯ IP-СПОРОВ С МАРКЕТПЛЕЙСАМИ: НОВОЕ НАЗНАЧЕНИЕ И ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

PRE-COURTING RESOLUTION OF IP-DISPUTES WITH MARKETPLACES: NEW PURPOSE AND MAIN PROBLEMS

АННОТАЦИЯ: В статье автор приходит к выводу о необходимости признания внесудебного обращения правообладателя к маркетплейсу обязательным досудебным порядком урегулирования спора. В таких спорах досудебный порядок приобретает новое назначение в качестве основания исключения ответственности информационного посредника. Предлагается отказаться от субъективной добросовестности как условия освобождения маркетплейса от ответственности, распространить досудебный порядок на все интеллектуальные права, уточнить положения о форме и содержании претензии.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: досудебный порядок урегулирования спора, внесудебные меры, информационный посредник, маркетплейс, интеллектуальное право, информационное право.

ANNOTATION: In the article, the author concludes that it is necessary to recognize the right holder's extrajudicial appeal to the marketplace as a mandatory pre-trial procedure for dispute resolution. In such disputes, the pre-trial procedure acquires a new purpose as a basis for excluding the liability of an information intermediary. It is proposed to reject subjective good faith as a basis for exempting the marketplace from liability, to extend the pre-trial procedure to all intellectual property rights and to clarify the provisions on the form and content of the claim.

KEY WORDS: pre-court dispute resolution, extrajudicial measures, service provider, marketplace, intellectual property law, information law.

Обозначенная в названии статьи категория споров предопределяет и основные проявления досудебного порядка их урегулирования. Далее будут рассмотрены такие механизмы обязательного досудебного порядка урегулирования спора, как условие обращения в суд, оперативность разрешения спора и разгрузка судебной системы. Приведенные в статье выводы применимы, в первую очередь, к претензионной форме досудебного урегулирования. IP-споры с маркетплейсами носят массовый характер – количество реализуемых на площадках товаров с каждым годом растет в геометрической прогрессии, увеличивая и число самих споров. Обязательный досудебный порядок необходим здесь по той причине, что до обращения правообладателя маркетплейс не может знать о существующих на платформе нарушениях. По этим же мотивам соблюдение досудебного порядка является основанием для освобождения от ответственности маркетплейса и, ввиду технической возможности и заинтересованности маркетплейса удалять карточки товаров нарушителей, предотвращает множество судебных споров. Перечисленные особенности претензионной работы маркетплейсов, несогласованность закона в вопросах ответственности маркетплейса и процедуры досудебного регулирования этих споров обуславливают актуальность заявленной темы статьи.

В науке процессуального права можно выделить следующие подходы к пониманию роли досудебного порядка урегулирования спора (далее – досудебный порядок):

1. Соблюдение обязательного досудебного порядка – условие осуществления права на предъявление иска, невыполнение которого должно влечь возвращение заявления или оставление его без рассмотрения¹.
2. Досудебное урегулирование предназначено для общественно полезных целей: развития инициативности граждан и организаций в устранении конфликтов собственными силами, укрепления сотрудничества между ними, оперативного устранения разногласий².
3. В процессе досудебного урегулирования стороны могут самостоятельно разрешить спор, не доводя его до суда. В этом ключевом досудебный порядок выполняет политико-правовые задачи, а именно служит фильтром попадающих в суды дел, уменьшает судебную нагрузку³.
4. Досудебный порядок понимается и как способ альтернативного разрешения споров. Например, претензионный порядок имеет своей целью также примирение сторон⁴.

Досудебный порядок в отечественной правовой системе обладает специфичной многогранностью: законодатель использует его как инструмент для решения различных, порой не смежных задач. Несмотря на это, в АПК РФ институт обязательного досудебного порядка регулируется лишь общей нормой, устанавливающей срок направления претензии и перечень споров, которые могут быть переданы на разрешение арбитражного суда после принятия сторонами мер по досудебному урегулированию.

Представляется, что на современном этапе необходимо учитывать особенности определенных споров (их субъектов), детализируя и адаптируя нормы о досудебном порядке в специальном законодательстве.

К отдельной группе таких споров относятся споры обладателей интеллектуальных прав (далее – правообладатели) с организациями, на маркетплейсах которых размещаются нарушающие данные права материалы. В настоящее время закон предусматривает возможность осуществления «внесудебных мер» по ним. Далее мы попытаемся обосновать необходимость введения обязательного досудебного порядка по этой категории споров и его специальное назначение.

Помимо норм законодательства и научных источников, в предмет изучения входят материалы судебной практики. Организации-маркетплейсы осуществляют крупномасштабную предпринимательскую деятельность и, как правило, зарегистрированы в качестве коммерческих организаций. Поскольку продавцы-предприниматели заинтересованы в сохранении и увеличении прибыли, они активно «мониторят» маркетплейсы на предмет наличия на площадке карточек товаров, в которых неправомерно используются принадлежащие им интеллектуальные права. Этим обусловлена обширная практика именно арбитражных судов по рассмотрению указанных споров.

В меньшем количестве данные дела рассматривает Мосгорсуд в тех ситуациях, когда до предъявления иска подано заявление о принятии предварительных обеспечительных мер, направленных на обеспечение защиты авторских и (или) смежных прав, кроме прав на фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, в Интернете (ст. 144.1 ГПК РФ). Еще реже в практике можно встретить дела, рассмотренные иными судами общей юрисдикции, подведомственность которых распространяется на иски субъектов, не занимающихся предпринимательской деятельностью. Как правило, это граждане, обладающие авторскими правами на произведения литературы и искусства, неправомерно реализуемые на маркетплейсе.

¹ Гражданский процесс: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М. 1999. С. 107.

² Каллистратова Р.Ф. Претензионный порядок разрешения споров между социалистическими организациями. М. 1963. С. 8.

³ Арбитражный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. 7-е изд., перераб. / Под ред. М.К. Треушникова. М. 2020. С. 264. (автор гл. 12 – Воронов А.Ф.).

⁴ Альтернативное разрешение споров: Учебник / Под ред. Е.А. Борисовой. М. 2019. С. 395. (автор гл. 6 – Андреева Т.К.).

Что такое маркетплейс?

Арбитражные суды рассматривают маркетплейс в качестве платформы электронной коммерции, предоставляющей информацию о продукте или услуге третьих лиц, чьи операции обрабатываются оператором маркетплейса; другими словами, маркетплейс – это электронная торговая площадка, играющая роль посредника между продавцом товара и покупателем⁵. Важным признаком маркетплейса признается его неучастие в создании реализуемой продукции⁶, то есть организация-маркетплейс не является стороной договора купли-продажи между продавцом и покупателем.

Определение статуса маркетплейса той или иной Интернет-площадки имеет скорее экономическое значение. В отечественной правовой системе положение организаций-маркетплейсов охватывается нормами об информационных посредниках в части ответственности за нарушение интеллектуальных прав и владельцев агрегаторов информации о товарах и (или) услугах (далее – владелец агрегатора) в части ответственности перед потребителями.

Ст. 1253.1 ГК РФ⁷ различает три типа информационных посредников:

1. лицо, осуществляющее передачу материала в информационно-телекоммуникационной сети (далее – Интернет);
2. лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, не-

обходимой для его получения с использованием Интернета;

3. лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в этой сети.

Анализ актуальной судебной практики позволяет сделать вывод о том, что *организации-маркетплейсы относятся к информационным посредникам, предоставляющим возможность размещения материала в Интернете*⁸. Иначе говоря, маркетплейс является Интернет-платформой,

на которой множество продавцов может выставлять свой товар на продажу, а потребители – приобретать товар напрямую от продавца. Данная конструкция предполагает, что маркетплейсы играют роль инфраструктуры торгового оборота подобно гигантскому торговому центру, в котором располагается множество магазинов. И если в последнем случае продавцы взаимодействуют с собственником торгового центра на основании договора аренды, вычитая из своего дохода арендные платежи, то с маркетплейсом ими, как правило, заключается

договор комиссии⁹. В результате такого сотрудничества продавец пользуется широкой аудиторией маркетплейса, повышая спрос на свои товары, а маркетплейс получает прибыль за счет оказания посреднических услуг.

В связи с этим большинство крупных маркетплейсов уведомляют пользователя сайта (приложения) о том, что информация о товарах на Интернет-площадке размещается непосредственно продавцом¹⁰. В свою очередь

**ВАЖНЫМ ПРИЗНАКОМ
МАРКЕТПЛЕЙСА
ПРИЗНАЕТСЯ ЕГО
НЕУЧАСТИЕ В СОЗДАНИИ
РЕАЛИЗУЕМОЙ
ПРОДУКЦИИ,
ТО ЕСТЬ ОРГАНИЗАЦИЯ-
МАРКЕТПЛЕЙС
НЕ ЯВЛЯЕТСЯ СТОРОНОЙ
ДОГОВОРА КУПЛИ-
ПРОДАЖИ МЕЖДУ
ПРОДАВЦОМ
И ПОКУПАТЕЛЕМ**

⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18.03.2022 № С01-274/2022 по делу № А40-92572/2021; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2021 № 09АП-60251/2021 по делу № А40-75947/2021; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 16.03.2022 № 10АП-949/2022 по делу № А41-66202/2021 и др. // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2021 № 09АП-62506/2021-ГК по делу № А40-92137/2021 // СПС КонсультантПлюс.

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ // "Собрание законодательства РФ". 25.12.2006. № 52 (1 ч.). ст. 5496.

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 12.11.2021 по делу № А40-64165/2021; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.04.2022

№ С01-188/2022 по делу № А41-73925/2020; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2022 № 09АП-78927/2021 по делу № А40-64703/20; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2021 по делу № А41-70166/2020; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.11.2019 № 09АП-64351/2019-ГК по делу № А40-291745/2018 и др. // СПС КонсультантПлюс.

⁹ Правоотношения с маркетплейсом могут строиться также по моделям представительства, передачи товаров, выполнения работ, оказания услуг, смешанной модели или модели sui generis (Иванов А.А. Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5. С. 65).

¹⁰ См., напр.: п. 2.13 Правил использования сервиса «Яндекс Маркет». URL: https://yandex.ru/legal/market_termsofuse/?target=terms-of-use (дата обращения: 19.05.2022).

в договоре, заключаемом между организацией-маркетплейсом и продавцом, предусматриваются условия о том, что организация-маркетплейс не приобретает право собственности на товары – собственниками товаров остаются продавцы до их продажи покупателям в отличие от договора поставки, а продавец самостоятельно несет ответственность за информацию, размещаемую им в карточке товара¹¹.

Верховный Суд РФ в п. 77 Постановлении Пленума ВС РФ № 10¹² отмечает, что статус информационного посредника устанавливается судом применительно к тому или иному лицу в зависимости от обстоятельств дела, а само лицо, которое осуществляет деятельность, указанную в ст. 1253.1 ГК РФ, признается информационным посредником лишь в части данной деятельности. Это положение связано с тем, что владелец сайта-маркетплейса одновременно может выступать в качестве продавца на площадке. Поэтому лицо признается информационным посредником в том случае, если оно самостоятельно не совершало действий, направленных на нарушение интеллектуальных прав, то есть, применительно к маркетплейсам, не размещало данные материалы в электронной карточке товара продавца.

Так, например, суды не признали информационным посредником владельца сайта, который не только предоставлял возможность размещения материала в Интернете, но и принимал активное участие во всех стадиях создания продукта и получал из этого прибыль¹³.

**СУДЫ НЕ ПРИЗНАЛИ
ИНФОРМАЦИОННЫМ
ПОСРЕДНИКОМ ВЛАДЕЛЬЦА
САЙТА, КОТОРЫЙ
НЕ ТОЛЬКО ПРЕДОСТАВЛЯЛ
ВОЗМОЖНОСТЬ
РАЗМЕЩЕНИЯ МАТЕРИАЛА
В ИНТЕРНЕТЕ,
НО И ПРИНИМАЛ АКТИВНОЕ
УЧАСТИЕ ВО ВСЕХ СТАДИЯХ
СОЗДАНИЯ ПРОДУКТА
И ПОЛУЧАЛ ИЗ ЭТОГО
ПРИБЫЛЬ**

Кроме того, необходимо различать маркетплейсы и интернет-магазины, владельцы которых сами выступают в качестве продавцов, перенося свою торговую деятельность в Интернет-пространство, и потому несут ответственность за допущенные нарушения на общих основаниях¹⁴.

По смыслу Преамбулы Закона о защите прав потребителей¹⁵, владелец агрегатора – организация или ИП, которые являются владельцами программы для ЭВМ и (или) владельцами сайта (страницы сайта) и предоставляют потребителю в отношении определенного товара (услуги) возможность:

1. поиска информации о товарах (услугах);
2. ознакомления с товарными предложениями продавцов (исполнителей);
3. заключения договора напрямую с продавцом (исполнителем) с использованием технических возможностей площадки.

Согласно п. 17 ст. 2 Закона о защите прав потребителей¹⁶ владелец сайта в сети "Интернет" – это лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети "Интернет", в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Обратим внимание, что понятия «маркетплейс», «владелец агрегатора», «владелец сайта» и «информационный посредник» не являются тождественными, но пересекаются.

1. Маркетплейс – явление экономическое, означающее Интернет-агрегатор (сайт, мобильное приложение), на котором продавцы

¹¹ См. напр.: п. 1.4, п. 1.2 Раздела «Карточка товара» Договора (Оферты) для Продавцов на Платформе Ozon. URL: <https://seller-edu.ozon.ru/docs/contract-for-sellers/contract-for-self-goods-on-ozon.html> (дата обращения: 19.05.2022).

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 "О применении части четвертой гражданского кодекса Российской Федерации" // Российская газета. № 96. 06.05.2019.

¹³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.05.2020 № С01-346/2020 по делу № А40-133275/2019 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Кузнецова Л.В. вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции // "Е-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): Сборник статей" / Отв. ред. М.А. Рожкова. М. 2019. С. 54.

¹⁵ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей" // Ведомости СНД и ВС РФ. 09.04.1992. № 15. ст. 766.

¹⁶ Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // Российская газета. № 165. 29.07.2006.

**МАРКЕТПЛЕЙС ПРЕДСТАВЛЯЕТ
СОБОЙ «БЕССУБЪЕКТНУЮ»
ЭЛЕКТРОННУЮ ТОРГОВУЮ
ПЛОЩАДКУ, А К ВЛАДЕЛЬЦУ
АГРЕГАТОРА-МАРКЕТПЛЕЙСА
ПРИМЕНЯЮТСЯ НОРМЫ
ОБ ИНФОРМАЦИОННЫХ
ПОСРЕДНИКАХ ЛИШЬ
В ТОМ СЛУЧАЕ, КОГДА ОН
В КОНКРЕТНОМ
ПРАВООТНОШЕНИИ
С ПОКУПАТЕЛЕМ
НЕ ЯВЛЯЕТСЯ ПРОДАВЦОМ**

могут предлагать свой товар, а покупатели оформлять покупки данных товаров.

2. Владелец сайта (в том числе маркетплейса) признается лицо, которое устанавливает порядок его использования.
3. Владелец агрегатора в сравнении с владельцем сайта – понятие более широкое по отношению к объектам «владения» (не только сайт, но и программа для ЭВМ, страница сайта), но более узкое по отношению к цели использования агрегатора: владелец агрегатора предоставляет возможность третьим лицам заключать договоры напрямую друг с другом, минуя владельца агрегатора.
4. Информационный посредник – лицо, которое может а) передавать материалы в Интернете, б) предоставлять возможность их размещения или в) доступа в Интернете. Статус информационного посредника устанавливается в конкретном деле. Организация-владелец агрегатора-маркетплейса является информационным посредником типа «б», только если сама не выступает как продавец спорного товара на своем сайте. IP-споры именно с такими организациями (далее по тексту – маркетплейс; информационный посредник) будут рассмотрены в статье.

Из этого следует, что маркетплейс представляет собой «бессубъектную» электронную торговую площадку, а к владельцу агрегатора-маркетплей-

са применяются нормы об информационных посредниках лишь в том случае, когда он в конкретном правоотношении с покупателем не является продавцом, а только предоставляет ему возможность ознакомления с товарными предложениями продавцов.

**Субъективная добросовестность
как условие освобождения
от ответственности**

Исходя из положений п. 77 Постановления Пленума ВС РФ № 10, информационные посредники несут ответственность за нарушения интеллектуальных прав на общих основаниях, предусмотренных для участников гражданского оборота. Нормы ст. 1250 ГК РФ о защите интеллектуальных прав применяются к ним без исключений, кроме условия об ответственности предпринимателей без вины.

В п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ установлены два одновременно необходимых условия освобождения лица, предоставляющего возможность размещения материала в Интернете (в остальном маркетплейсы отвечают за нарушения интеллектуальных прав на общих основаниях) от ответственности:

1) он не знал и не должен был знать о том, что использование объектов интеллектуальной собственности, содержащихся в таком материале, является неправомерным;

2) он, в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети "Интернет", на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения. Перечень мер и порядок их осуществления могут быть установлены законом.

Заметим, что п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ требует наличия двух изложенных фактов одновременно. То есть в бездействии маркетплейса должны быть установлены как субъективная недобросовестность, так и пассивное отношение к направленной в его адрес претензии.

По заявлению О.Н. Фоминой, прототип информационного посредника можно найти в Законе

США об авторском праве в цифровую эпоху¹⁷. Так, Закон устанавливает, что поставщик информационных услуг освобождается от ответственности при отсутствии действительного («знал») и предполагаемого («должен был знать») знания о допущенных нарушениях, причем действительное знание возникает только в момент получения им уведомления от правообладателя¹⁸.

Требование же об отсутствии предполагаемого знания рассматривается американскими судами как норма «запасного» характера, направленная на недопущение злоупотреблений со стороны информационных посредников¹⁹. Президиум ВАС РФ к числу таких фактов относит, например, возможность информационного посредника узнать о нарушении из «широкого обсуждения в средствах массовой информации»²⁰. Стоит поддержать тех исследователей, которые подвергают сомнению данную позицию по причине нецелесообразности возложения на информационного посредника обязанности по мониторингу СМИ²¹.

Следуя той же логике, не согласимся с мнением В.С. Гербутова, считающего, что информационным посредникам может вменяться в обязанность мониторинг собственной платформы на предмет наличия на ней нарушений интеллектуальных прав в том случае, если они имели техническую возможность осуществлять данный контроль, но не совершали таких действий и тем самым «виновно создали условия для наруше-

ния интеллектуальных прав третьих лиц»²². Верной представляется мысль о том, что гражданским законодательством подобная обязанность не закрепляется и не может быть установлена, поскольку обратное означало бы возложение на владельцев сайтов публично-правовых полномочий по оценке правомерности размещаемой информации (материалов)²³.

В частноправовой плоскости данная деятельность может рассматриваться только как реализация права на защиту интеллектуальных прав, субъекты которого прямо установлены законом. Также информационные посредники не могут обладать знаниями о существовании всех защищаемых на территории РФ результатов интеллектуальной деятельности (далее – РИД) и круга лиц, имеющих права на их использование²⁴, что существенно затрудняет проведение надзорных мероприятий без предварительного обращения правообладателя. Такое правовое регулирование вынуждало бы маркетплейсы до вступления в правоотношения с продав-

цами запрашивать у них подтверждение наличия прав на использование РИД (фотографий товара, обозначений на них и даже текстового описания), что привело бы к невозможности существования самого сервиса²⁵ и торможению коммерческого оборота.

Несмотря на изложенные опасения, большинство судов признают субъективную добросовестность информационных посредников

НЕСМОТЯ НА ИЗЛОЖЕННЫЕ ОПАСЕНИЯ, БОЛЬШИНСТВО СУДОВ ПРИЗНАЮТ СУБЪЕКТИВНУЮ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ НА ОСНОВАНИИ САМОГО МЕХАНИЗМА РАБОТЫ МАРКЕТПЛЕЙСОВ

¹⁷ Фомина О.Н. Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 171-172.

¹⁸ U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), 17 U.S. Code § 512. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512> (дата обращения: 22.05.2022).

¹⁹ Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. С. 53-54.

²⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 01.11.2011 № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609 // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Мухалин А. Некоторые проблемы применения статьи 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 12. С. 12.

²² Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22.04.2015 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. № 9. 2015. С. 15.

²³ Фомина О.Н. Указ. соч. С. 173-175.

²⁴ Даже те объекты интеллектуальной собственности, которые указаны в реестре ФИПС, могут правомерно использоваться лицами, которым правообладатели дали «согласие», не регистрируемое в реестре.

²⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.03.2018 № 09АП-70255/2017-ГК по делу № А40-153806/2017 // СПС КонсультантПлюс.

на основании самого механизма работы маркетплейсов, не предполагающего контроль с их стороны за продавцами, а также предоставляемых продавцами гарантий об отсутствии нарушений прав третьих лиц, которые считаются заверениями об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ)²⁶.

Кроме того, ст. 1253.1 ГК РФ не позволяет установить, в какой момент маркетплейс должен считаться добросовестным: в момент размещения материалов продавцом или получения претензии от правообладателя. Так как закон перечисляет знание о нарушении и направление заявления как два самостоятельных требования, можно предположить, что добросовестность устанавливается на время, предшествующее претензионному урегулированию. Очевидно также, что само по себе ознакомление с заявлением является фактом приобретения знания о допущенном продавцом нарушении, а потому делает ненужной часть гипотезы нормы о субъективной добросовестности. Однако в этом случае маркетплейсы не будут освобождаться от возмещения компенсации даже при удовлетворении требования правообладателя об удалении материалов, поскольку первое условие п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ не будет выполнено. Представляется, что правопорядок должен поощрять содействие со стороны маркетплейсов в устранении нарушений интеллектуальных прав даже в подобной ситуации и не возлагать на них бремя ответственности.

Приведенные рассуждения наталкивают на мысль о том, что действительное знание информационного посредника о нарушении интеллектуальных прав возникает лишь в момент обращения правообладателя с претензией как реализации права на защиту интеллектуальных прав, что согласуется с принципом диспозитивности гражданских прав и экономической целесообразностью. По этим и указанным ранее причинам следует отказаться от отсутствия предполагаемого знания как одного из условий

освобождения от ответственности. В пользу данной позиции говорят и трудности доказывания, и чрезвычайная редкость таких случаев.

Защита же от возможных злоупотреблений возможна на основании п. 4 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ. Традиционно, исходя из принципа добросовестности, судьи фактически конкретизировали, дополняли или изменяли закон в конкретных делах²⁷. В экстраординарных случаях, когда возражение информационного посредника о неполучении от правообладателя уведомления о нарушении или о принятии им всех необходимых мер после его получения носит явно недобросовестный характер и правообладатель лишен возможности иным способом защитить свое право, суд может со ссылкой на указанные статьи отклонить такое возражение и привлечь его к ответственности. Например, если информационный посредник не предпринимал никаких действий до обращения правообладателя, хотя достоверно знал о нарушениях из сведений, сообщенных самим нарушителем, или лично реализовал контрафактные товары продавцу, которые последний предлагал к продаже на маркетплейсе, либо же умышленно препятствовал направлению правообладателем претензии, его поведение не может признаваться добросовестным и должно влечь установленную ответственность, несмотря на принятие им всех необходимых мер после обращения правообладателя.

«Внесудебные меры» или досудебный порядок?

Условием исключения ответственности информационного посредника должно признаваться только соблюдение порядка, установленного пп. 2 п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ, то есть своевременное принятие информационным посредником необходимых и достаточных мер для устранения нарушений интеллектуальных прав

²⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.04.2022 № С01-188/2022 по делу № А41-73925/2020; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2021 № 10АП-21094/2021 по делу № А41-73925/2020; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.04.2022 № 09АП-13326/2022, 09АП-16875/2022 по делу № А40-197360/2021; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2020 по делу № А40-214785/2019 и др. // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение. // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. М. 2014. С. 215-216.



при получении письменного заявления правообладателя с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети "Интернет", на которых размещен такой материал.

При этом перечень таких мер и порядок их осуществления может быть определен законом. На данный момент единственная норма, которую можно назвать связанной со ст. 1253.1 ГК РФ, содержится в ст. 15.7 Закона об информации о «внесудебных мерах» по прекращению нарушений авторских (смежных) прав в Интернете. Важно сделать оговорку о том, что статья регулирует взаимодействие правообладателя с владельцем сайта (то есть не только с информационным посредником) и не упоминает терминологию «необходимых и достаточных мер».

Устанавливает ли данная статья обязательный досудебный порядок урегулирования спора по требованиям правообладателя о пресечении

действий, нарушающих интеллектуальные права? На этот вопрос суды отвечают отрицательно, поскольку, согласно ст. 15.7 Закона об информации, правообладатель вправе направить заявление, но не обязан²⁸. Действительно, вывод о необязательности досудебного порядка по настоящим требованиям вытекает из п. 5.1 ст. 1252 ГК РФ, ч. 5 ст. 4 АПК РФ, ч. 4 ст. 3 ГПК РФ.

Не ограничиваясь позитивистским подходом, попробуем сопоставить процедуру, закрепленную в ст. 1253.1 ГК РФ и ст. 15.7 Закона об информации, с общим назначением досудебного порядка.

В процессуальной плоскости обязательный досудебный порядок выступает в качестве условия реализации права лица на обращение в суд²⁹. Для будущего истца это означает, что несоблюдение обязательного досудебного порядка влечет возвращение искового заявления или

²⁸ Апелляционное определение Московского городского суда от 11.12.2019 по делу № 33а-54407/2019 // СПС КонсультантПлюс.

²⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.06.2021 № 18 "О некоторых вопросах досудебного урегулирования споров, рассматриваемых в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства" // Российская газета. № 144. 02.07.2021 (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 18).

оставление без рассмотрения в зависимости от стадии производства.

Условия осуществления права на предъявление иска – это те обстоятельства, которые препятствуют вынесению судебного решения в данный момент³⁰.

Можно предположить, что самым условием является наличие между сторонами спора о праве, а соблюдение досудебного порядка только объективно подтверждает данный факт. По замечанию М.А. Гурвича, условие обращения к суду в виде предварительного рассмотрения претензии состоит в выяснении взаимных разногласий, то есть определении содержания спора о праве³¹.

Спор о праве – это правовой конфликт, который вытекает из несогласованности представлений сторон правоотношения о взаимных правах и обязанностях, когда управомоченное лицо не может реализовать право «своей властью», вследствие чего возникает необходимость передать спор юрисдикционному органу для его разрешения, и поскольку иск – единственное средство передачи спора о праве на разрешение в суд, то спор о праве является предпосылкой обращения в суд³². Указать на наличие спора о праве можно только в том случае, если стороны при своем взаимодействии самостоятельно не смогли уладить конфликт. Очевидным свидетельством наличия спора о праве, по мысли И.Е. Ангельмана, является внесудебное обращение истца к противной стороне³³.

Поскольку только пассивное поведение маркетплейса после предъявления правообладателем требования о пресечении действий, на-

рушающих интеллектуальные права, считается правонарушением, до такого обращения между сторонами отсутствует спор о праве. Правового конфликта нет и в силу того, что маркетплейс признается добросовестным до начала претензионного урегулирования. Следовательно, только соблюдение досудебного порядка с маркетплейсом может считаться тем фактом, который указывает на наличие спора о праве и необходимость его передачи на разрешение в суд.

Верховный Суд РФ в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ № 18 видит в досудебном порядке

и общественно-полезное значение, а именно механизм содействия мирному урегулированию споров, становлению и развитию партнерских и деловых отношений, а также средство оперативного разрешения спора и дополнительную гарантию защиты прав³⁴.

Маркетплейсы ведут политику жесткой борьбы с продавцами контрафакта на своей платформе, так как своевременное удаление таких карточек товаров продавцов сильно бьет по их репутации. Сообщения в СМИ о том, что маркетплейсы

«торгуют подделками», влекут для них уменьшение клиентской базы и другие неблагоприятные последствия. Например, в 2014 г. Ассоциация компаний розничной торговли России обвинила «Яндекс.Маркет» в продвижении контрафактных товаров³⁵. Сначала маркетплейс собирался защищать свою деловую репутацию в суде, но через несколько месяцев переговоров поменял свое мнение и был вынужден заверить инвесторов в результативности досудебного урегулирования возникшего спора и правильности своей позиции³⁶. В 2021 г. громкой новостью стал иск владельцев прав

**ТОЛЬКО СОБЛЮДЕНИЕ
ДОСУДЕБНОГО ПОРЯДКА
С МАРКЕТПЛЕЙСОМ
МОЖЕТ СЧИТАТЬСЯ
ТЕМ ФАКТОМ, КОТОРЫЙ
УКАЗЫВАЕТ НА НАЛИЧИЕ
СПОРА О ПРАВЕ
И НЕОБХОДИМОСТЬ
ЕГО ПЕРЕДАЧИ
НА РАЗРЕШЕНИЕ В СУД**

³⁰ Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М. 1979. С. 103.

³¹ Гурвич М.А. Право на иск. М., Л. 1949. С. 62.

³² Воложанин В.П. Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Свердловск. 1975. С. 6-7.

³³ Ангельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. 3-е изд., испр. и доп. Юрьев. 1912. С. 236.

³⁴ Обзор практики применения арбитражными судами положений процессуального законодательства об обязательном досудебном порядке урегулирования спора (утв. Президиумом ВС РФ 22.07.2020) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 2. 2021.

³⁵ В "Яндексе" ищут контрафакт // Коммерсантъ. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2449619> (дата обращения: 04.07.2022).

³⁶ Ритейлеры предлагают блокировать магазины на "Яндекс.Маркете" за торговлю контрафактом // ТАСС. 15.07.2014. URL: https://tass.ru/ekonomika/1319706?utm_source=yandex.ru&utm_medium=organic&utm_campaign=yandex.ru&utm_referrer=yandex.ru (дата обращения 07.07.2022).

на игру Angry Birds к «Вайлдберриз», причиной которому послужило игнорирование маркетплейсом претензии правообладателя, а следствием – удаление спорных карточек под угрозой блокировки всего Интернет-ресурса³⁷.

Поэтому мирное урегулирование IP-споров выгодно и для маркетплейсов. Правообладатели в результате досудебного урегулирования могут рассчитывать на оперативное разрешение спора, потому что маркетплейс как владелец сайта имеет техническую возможность удаления карточек товаров. Доведение конфликта до суда означало бы для них необходимость претерпевать неправомерное использование интеллектуальной собственности вплоть до исполнения судебного решения.

Политико-правовое назначение досудебного порядка заключается в том, что он служит *способом разгрузки судебной системы*, а именно предварительным фильтром для споров, которые могут быть решены сторонами самостоятельно и без обращения в суд. Рассмотрение досудебного порядка под этим углом справедливо, например, для такой его формы, как обязательное предварительное обращение потребителя финансовых услуг к финансовому уполномоченному, работа которого позволила за два года сократить количество судебных споров по договорам ОСАГО и каско в восемь раз³⁸. Если же обратить внимание на более распространенный и «универсальный» претензионный порядок, то можно констатировать, что он воспринимается как формальность, определенный барьер перед попаданием в суд, и глобально не достигает указанных целей³⁹.

К исключениям из такой практики можно отнести претензионную форму досудебного урегу-

лирования IP-спора с маркетплейсом. Порядок, закрепленный в ст. 15.7 Закона об информации, является досудебным в том плане, что совершается в форме предъявления требования к обязанному лицу с целью защиты своих прав, и в случае его неудовлетворения правообладатель обращается с иском в суд. Причем несоблюдение досудебного порядка ставит правообладателя в более критическое положение – он с неизбежностью проигрывает дело из-за освобождения маркетплейса от ответственности в силу п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ.

Поэтому со стороны законодателя было бы логично ввести обязательный досудебный порядок по требованиям о пресечении нарушений интеллектуальных прав к информационным посредникам как условие предъявления иска в суд. В противном случае суды будут вынуждены рассматривать заведомо необоснованные заявления.

Однако такой порядок предусмотрен по искам о возмещении убытков или компенсации, речь о которых и идет в ст. 1253.1 ГК РФ, так как она закрепляет именно основания освобождения от *ответствен-*

ности информационного посредника. Принуждение же к удалению материала на платформе маркетплейса не является по своей правовой природе мерой ответственности, потому как не влечет для него прямых неблагоприятных последствий в виде определенных лишений или изъятий.

Таким образом, действующее законодательство формирует следующий механизм: чтобы привлечь информационного посредника к ответственности (взыскать компенсацию или убытки), правообладатель должен соблюсти обязательный досудебный порядок по данному

**НЕСОБЛЮДЕНИЕ
ДОСУДЕБНОГО
ПОРЯДКА СТАВИТ
ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ
В БОЛЕЕ КРИТИЧЕСКОЕ
ПОЛОЖЕНИЕ –
ОН С НЕИЗБЕЖНОСТЬЮ
ПРОИГРЫВАЕТ ДЕЛО
ИЗ-ЗА ОСВОБОЖДЕНИЯ
МАРКЕТПЛЕЙСА
ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
В СИЛУ П. 3 СТ. 1253.1
ГК РФ**

³⁷ Птички подались по ягоды // Коммерсантъ. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4791245> (дата обращения: 04.07.2022).

³⁸ Момотов В.В. Экономическая эффективность права как цель правового регулирования // Журнал российского права. 2022. № 1. С. 35.

³⁹ Носырева Е.И. Концепция претензионного порядка урегулирования споров в трудах советского периода и ее современное значение // Труды Института государства и права РАН. 2017. Т. 12. № 6. С. 176.

В СПОРАХ С ИНФОРМАЦИОННЫМИ ПОСРЕДНИКАМИ ДОСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК ПРИОБРЕТАЕТ НОВОЕ НАЗНАЧЕНИЕ – ЕГО СОБЛЮДЕНИЕ ВЫСТУПАЕТ ЮРИДИЧЕСКИМ ФАКТОМ, ВСЛЕДСТВИЕ КОТОРОГО ВОЗНИКАЕТ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

требованию на общих основаниях (включая тридцатидневный срок ответа на претензию), а также заявить информационному посреднику требование о пресечении действий, нарушающих интеллектуальные права по правилам ст. 15.7 Закона об информации, согласно которой владелец сайта должен принять соответствующие меры в течение 24 часов с момента получения заявления.

Несоблюдение досудебного порядка влечет возвращение искового заявления (оставление без рассмотрения), а игнорирование ст. 15.7 Закона об информации – отказ в удовлетворении заявленных требований ввиду отсутствия вины информационного посредника по ст. 1253.1 ГК РФ.

Вдобавок ко всему, соблюдение досудебного порядка не является обязанностью будущего истца, ведь возвращение заявления (оставление без рассмотрения) не является мерой ответственности. Совершение действий по досудебному урегулированию в полной мере находится в дискреции заявителя, то есть принудить к их совершению невозможно.

Опираясь на данный тезис, можно сделать *промежуточный, но важный вывод*: в спорах с информационными посредниками досудебный порядок приобретает новое назначение – его соблюдение выступает юридическим фактом,

вследствие которого возникает основание для привлечения информационного посредника к ответственности за нарушение интеллектуальных прав.

С другой стороны, правообладатель соблюдает досудебный порядок и по основному требованию – о взыскании компенсации (убытков). На практике он излагает оба требования в одной претензии. В связи с этим надлежит гармонизировать положения АПК РФ и Закона об информации как минимум по срокам рассмотрения заявления. К тому же отведенные Законом 24 часа на ознакомление с заявлением и приложенными документами, выявление нарушений на сайте и удаление карточек товаров выглядят чрезвычайно малым сроком, поскольку маркетплейсы сотрудничают с сотнями тысяч продавцов, которые размещают на сайте в общей сумме порой свыше миллиона товаров, с чем неизбежно коррелирует и количество обрабатываемых с претензиями правообладателей.

Досудебный порядок для любых интеллектуальных прав

К упущениям ст. 15.7 Закона об информации относится и ограничение по видам интеллектуальных прав: порядок установлен только для защиты авторских и (или) смежных прав. Как правило, суды поддерживают буквальное толкование нормы⁴⁰, но в одном из своих решений Суд по интеллектуальным правам (далее – СИП) посчитал ошибкой немотивированное неприменение нижестоящим судом ст. 15.7 Закона об информации к правоотношениям о нарушении прав на товарные знаки⁴¹. Представляется, что действие ст. 15.7 Закона об информации должно быть распространено и на споры, связанные с нарушениями остальных интеллектуальных прав.

Дополнение действующего законодательства в таком ключе позволило бы устранить правовую неопределенность в части ответственности информационных посредников за нарушение прав на товарные знаки, промышленные

⁴⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2022 № 09АП-6419/2022 по делу № А40-234059/2021 // СПС КонсультантПлюс.

⁴¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 04.09.2018 № С01-581/2018 по делу № А40-91339/2017 // СПС КонсультантПлюс.

образцы, коммерческие обозначения и т.д. Для маркетплейсов и иных информационных посредников ст. 15.7 Закона об информации имеет глобальное значение, так как в ней установлен подробный перечень сведений, которые правообладатели должны указать в заявлении. Причем отсутствие каждого из них на практике, как будет показано далее, может привести к невозможности проведения проверки на платформе. Сейчас же достаточность содержания приложенных к заявлению материалов и сведений по делу о защите иных интеллектуальных прав оставлено на усмотрение суда.

Потребность маркетплейсов в универсальном перечне сведений и документов можно продемонстрировать на примере торговой площадки «Вайлдберриз», которая выложила на своем сайте «Правила оформления претензий» для правообладателей любых интеллектуальных прав, фактически дублируя положения ст. 15.7 Закона об информации о содержании заявления и приложении к нему⁴². Но обязать правообладателя соблюдать собственные правила маркетплейс не может, поскольку они не обладают нормативными свойствами, а сами правообладатели не состоят в договорных отношениях с маркетплейсом (и не могут в рамках правоотношений внедоговорного характера). Иными словами, устранение пробела в праве – компетенция законодателя.

Процедура досудебного порядка и обязанности информационного посредника

В целом досудебный порядок по Закону об информации выглядит следующим образом:

**ОБРАТИМ ВНИМАНИЕ,
ЧТО ИНФОРМАЦИОННЫЙ
ПОСРЕДНИК ПО ЛОГИКЕ
СИП ВСЕГДА БУДЕТ
ЗАНИМАТЬ ЧЬЮ-ЛИБО
ПОЗИЦИЮ, ТАК КАК
ИМЕЕТ ВСЕГО ДВЕ
ОПЦИИ: УДАЛИТЬ
МАТЕРИАЛ ИЛИ
ОСТАВИТЬ ЕГО
НА САЙТЕ**

правообладатель (уполномоченное лицо, лицензиат по исключительной лицензии) направляет владельцу сайта претензию. В течение 24 часов с момента ее получения владелец сайта вправе запросить у правообладателя недостающую информацию, которая представляется последним также в течение 24 часов. Далее у владельца сайта есть 24 часа на удаление материала (карточки товара) или, при наличии у него доказательств, подтверждающих правомерность размещения материалов, на извещение правообладателя об отсутствии оснований для

блокировки карточки товара с направлением соответствующих документов.

Как пишет А.И. Савельев, владельцы сайта редко пользуются правом на оставление материала на сайте, потому как чаще всего не несут ответственности перед пользователями сайта за удаление их информации⁴³. Деятельность маркетплейсов здесь является исключением: неправомерное удаление карточек товаров влечет для них договорную ответственность перед продавцами за неисполнение обязательств по до-

говору комиссии.

Примечательно, что закон не требует направлять претензию лицу, разместившему спорный материал на сайте (продавцу). Так, право не удалять материал с сайта возникает «при наличии у владельца сайта доказательств». Разумеется, самый простой способ получения этих доказательств – запрос их от продавца. Получается, что информационный посредник, удаляя материал, выложенный третьим лицом без его извещения и в отсутствие указанных доказательств, действует в пределах правового поля. Закон также не предусматривает продление срока на рассмотрение претензии в случае запроса документов от продавца.

⁴² Правообладателям. URL: <https://www.wildberries.ru/services/kontakty?desktop=1> (дата обращения: 22.05.2022).

⁴³ Савельев А.И. Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации (постатейный)». М. 2015 // СПС КонсультантПлюс.

В этом плане стоит согласиться с мнением А.А. Мишутиной о том, что информационный посредник не должен подменять судебные органы, в полномочия которых входит разрешение вопроса факта – о наличии или отсутствии нарушений интеллектуальных прав и принятие решения об их принудительной защите⁴⁴.

К такому же выводу пришел и СИП в деле № А40-236550/2019, указав, что ответчик «не являясь органом, наделенным компетенцией по рассмотрению и разрешению споров о праве между третьими лицами, в отсутствие соответствующего решения судебной инстанции занял позицию одной из сторон»⁴⁵. Обратим внимание, что информационный посредник по логике СИП всегда будет занимать чью-либо позицию, так как имеет всего две опции: удалить материал или оставить его на сайте.

Чтобы избежать возникновения непубличных квазисудебных органов в лице информационных посредников, возможно в рамках досудебного порядка ограничиться их обязанностью по перенаправлению претензий правообладателя продавцу, предоставлению контактов и пересылке документов продавца правообладателю. Схожее регулирование известно, например, канадскому законодательству⁴⁶, в котором поставщик информационных услуг остается *посредником*, а не судьей в спорах между правообладателем и пользователем сайта.

С другой стороны, на деятельность информационных посредников можно посмотреть сквозь призму «приватизации правосудия» – тенденции замещения негосударственными формами защиты права судебной процессуальной формы, когда последняя теряет свою универсальность и высшую силу по отношению к первым⁴⁷. Как заявляет Е.Г. Стрельцова, в общем виде в зарубежной практике устоялось мнение о том, что императивное принуждение к обращению за услугами посредника допустимо, невозможно лишь обязать стороны примириться⁴⁸.

**ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРА
МАРКЕТПЛЕЙС НЕ МОЖЕТ БЫТЬ
БЕСПРИСТРАСТЕН, ТАК КАК
САМ ЯВЛЯЕТСЯ УЧАСТНИКОМ
ТОРГОВОГО ОБОРОТА И СОСТОИТ
В ПРАВООТНОШЕНИЯХ,
КАК МИНИМУМ, С ПРОДАВЦОМ,
А ОБЪЕМЫ РЕАЛИЗУЕМЫХ
ТОВАРОВ НА ПЛОЩАДКЕ
НЕПОСРЕДСТВЕННО ВЛИЯЮТ
НА ЕГО ПРИБЫЛЬ**

Предположим, что рассматриваемые категории споров перемещаются под исключительную юрисдикцию маркетплейсов, которые своими внутренними правилами устанавливают порядок их рассмотрения. По нашему мнению, такие изменения невозможны на данном этапе как в российской, так и канадской правовых системах.

В России в претензионном производстве участвуют минимум две стороны – правообладатель и маркетплейс. В последующем судебном процессе они, соответственно, выступают в роли истца и ответчика. Ошибка в оценке маркетплейсом представленных доказательств нарушения прав правообладателя и удаление карточек товаров также может влечь для него договорную ответственность в рамках правоотношений с продавцом. Описанная ситуация не позволяет говорить о «приватизации правосудия» для маркетплейсов, в ином случае нарушаются общеправовые принципы «никто не может быть судьей в своем деле» и «судья не может привлекаться к ответственности за свое решение».

Несмотря на то, что канадский правопорядок защищен от приведенных опасений, на наш взгляд, существует причина, по которой деятельность маркетплейсов не способна перетечь в «приватизированное правосудие» в любой правовой системе. При рассмотрении спора маркетплейс

⁴⁴ Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22.04.2015 С. 17-18.

⁴⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.02.2021 № С01-1771/2020 по делу № А40-236550/2019 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁶ Bill C-11: An Act to amend the Copyright Act, 2011 (Provisions Respecting Providers of Network Services or Information Location Tools: art. 41.25-41.27). URL: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/41-1/bill/C-11/first-reading/page-78#5> (дата обращения: 04.07.2022).

⁴⁷ Стрельцова Е.Г. Приватизация правосудия: монография. М. 2019. С. 38.

⁴⁸ Там же. С. 62.

не может быть беспристрастен, так как сам является участником торгового оборота и состоит в правоотношениях, как минимум, с продавцом, а объемы реализуемых товаров на площадке непосредственно влияют на его прибыль.

Форма и содержание претензии

Закон об информации предписывает правообладателю лишь указывать на те или иные факты в претензии. Полагаем, что если отечественный правопорядок смотрит на информационного посредника как на арбитра, то и требования к форме и содержанию претензии должны быть сравнимы с теми стандартами, которые действуют в судебном процессе. В отличие от судей информационный посредник может нести ответственность за свою ошибку в оценке представленной информации от правообладателя и продавца, а потому нуждается в ознакомлении со всеми необходимыми доказательствами при рассмотрении обращения.

В настоящее время закон требует направления претензии в письменной или электронной форме. Для достоверной идентификации подписанта было бы целесообразно закрепить правило о том, что в случае обращения по электронной почте правообладатель направляет владельцу сайта скан-копию или фотографию претензии, подписанную собственноручно, или электронный документ, подписанный квалифицированной электронной подписью правообладателя. Если она подписывается уполномоченным правообладателем лицом, то прикладывается скан-копия или фотография документа, подтверждающего наличие полномочий.

Сведения, содержащиеся в претензии, и документы, приложенные к ней, можно разделить на следующие группы:

1. Сведения о правообладателе. Отметим, что в целом ч. 2 ст. 15.7 Закона об информации содержит достаточный перечень данных, позволяющих установить личность правообладателя. Однако при

направлении заявления юридическим лицом было бы разумно указывать его ОГРН или ИНН, чтобы установить через ЕГРЮЛ лицо, которое вправе действовать от имени компании без доверенности.

2. Сведения об объекте интеллектуальной собственности. Закон об информации требует включать в претензию «информацию об объекте авторских и (или) смежных прав». Однако для объективного рассмотрения обращения такой информации будет достаточно только в том случае, если претензия касается защиты «реестровых» прав. Тогда правообладателю достаточно указать номер государственной регистрации конкретного объекта интеллектуальной собственности. Если же правообладатель заявляет о нарушении нерегистрируемых прав, он должен приложить к претензии документы, которые с большой степенью вероятности будут указывать на личность правообладателя. Применительно к авторским правам это могут быть договоры авторского заказа или отчуждения с закрывающими документами. Причем в них должны содержаться иллюстрации созданных автором объектов интеллектуальной собственности, исключительные права на которые он передал заказчику.
3. Указание на доменное имя и (или) сетевой адрес сайта, на котором незаконно размещена информация (ч. 2 ст. 15.7 Закона об информации). В более удачной формулировке закрепляет это требование ст. 1253.1 ГК РФ, которая говорит о «страницах сайта и (или) сетевых адресах в Интернете». То есть, если правообладатель указывает лишь ссылку на сайт, на котором находятся материалы, нарушающие его права, то его требование является абстрактным и неисполнимым. Например, на маркетплейсе «Яндекс.Маркет» на начало 2022 г. уже насчитывалось 25,2 млн карточек товаров⁴⁹. Помимо технической невозможности удовлетворения

⁴⁹ Выручка «Яндекса» в IV квартале увеличилась в 1,5 раза. URL: <https://www.interfax.ru/business/822185> (дата обращения: 23.05.2022).

требования о «прекращении нарушений интеллектуальных прав на сайте», удаление может привести к незаконному ограничению прав третьих лиц, в том числе товарных знаков, введен в оборот с разрешения правообладателя. С такими выводами соглашаются и суды, которые не признают виновным пассивное поведение маркетплейсов в ситуации, когда правообладатель направляет претензию с требованиями общего характера, не указывая на конкретные карточки товаров, в которых содержатся нарушения интеллектуальных прав⁵⁰.

4. Согласие заявителя на обработку персональных данных.
5. Закон не обязывает правообладателя прикладывать к претензии заключение патентного поверенного в случае, когда он защищает свои права на патент. Однако маркетплейсы не обладают специальными техническими знаниями для определения факта нарушения прав на патент, а потому такое дополнение видится обоснованным.

Каждое из перечисленных сведений (документов) в совокупности позволяет маркетплейсу установить личность заявителя, наличие у него прав, его конкретные требования.

Заключение

В российской правовой системе роль досудебного порядка урегулирования споров многопланова. Анализируя законодательство о статусе информационных посредников и «внесудебных мерах» по защите авторских (смежных) прав и судебную практику по данным вопросам, мы пришли к выводу о том, что в этой области сло-

жилось новое назначение досудебного порядка. Так, его несоблюдение служит основанием для освобождения от ответственности информационных посредников и, соответственно, отказа в удовлетворении требований о взыскании с них компенсации или убытков.

На основании проведенного анализа рассмотренных в статье вопросов констатируется наличие возможности дальнейшего совершенствования закона в целях обеспечения права на судебную защиту вообще и права на обращение за судебной защитой в частности:

1. исключение из п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ субъективной добросовестности как условия освобождения информационного посредника от ответственности;
2. признание внесудебных мер, предпринимаемых правообладателем по п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ и ст. 15.7 Закона об информации, обязательным досудебным порядком, несоблюдение которого влечет возвращение (оставление без рассмотрения) искового заявления;
3. увеличение срока рассмотрения претензии правообладателем;
4. распространение действия ст. 15.7 Закона об информации на защиту всех интеллектуальных прав;
5. установление обязанности маркетплейса по направлению претензии правообладателя продавцу и сообщению правообладателю контактов продавца;
6. детализация содержания претензии правообладателя и приложения к ней: указание на идентификатор юридического лица, приложение документов, подтверждающих наличие нерегистрируемых интеллектуальных прав, и заключения патентного поверенного о нарушении прав на патент.

⁵⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.11.2019 № 09АП-64351/2019-ГК по делу № А40-291745/2018 // СПС КонсультантПлюс.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Гражданский процесс: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М. 1999. – 472 с.
2. Каллистратова Р.Ф. Претензионный порядок разрешения споров между социалистическими организациями. М. 1963. – 109 с.
3. Арбитражный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. 7-е изд., перераб. / Под ред. М.К. Треушников. М. 2020. – 816 с.
4. Альтернативное разрешение споров: Учебник / Под ред. Е.А. Борисовой. М. 2019. – 416 с.
5. Иванов А.А. Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5. С. 145-156.
6. Кузнецова Л.В. Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции // "Е-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): Сборник статей" / Отв. ред. М.А. Рожкова. М. 2019. С. 39-65.
7. Фомина О.Н. Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 171-191.
8. Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. С. 48-60.
9. Мухалин А. Некоторые проблемы применения статьи 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2018. № 12. С. 7-14.
10. Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22.04.2015 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. № 9. 2015. С. 11-20.
11. Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. М. 2014. С. 203 - 242.
12. Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М. 1979. – 159 с.
13. Гурвич М.А. Право на иск. М., Л. 1949. – 216 с.
14. Воложанин В.П. Основные проблемы защиты гражданских прав в несудебном порядке. Автореф. дис. ... дисс. юрид. наук. Свердловск. 1975. – 31 с.
15. Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. 3-е изд., испр. и доп. Юрьев. 1912. – 646 с.
16. Момотов В.В. Экономическая эффективность права как цель правового регулирования // Журнал российского права. 2022. № 1. С. 29-35.
17. Носырева Е.И. Концепция претензионного порядка урегулирования споров в трудах советского периода и ее современное значение // Труды Института государства и права РАН. 2017. Т. 12. № 6. С. 174-185.
18. Савельев А.И. Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и защите информации (постатейный)". М. 2015. – 320 с.
19. Стрельцова Е.Г. Приватизация правосудия: монография. М. 2019. – 240 с.

Нормативно-правовые акты:

20. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ // "Собрание законодательства РФ". 25.12.2006. № 52 (1 ч.). ст. 5496.
21. Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // Российская газета. № 165. 29.07.2006.
22. Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей" // "Ведомости СНД и ВС РФ". 09.04.1992. № 15. ст. 766.
23. U.S. Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), 17 U.S. Code § 512. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512> (дата обращения: 22.05.2022).
24. Bill C-11: An Act to amend the Copyright Act. 2011. URL: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/41-1/bill/C-11/first-reading/page-78#5> (дата обращения: 04.07.2022).

Судебная практика:

25. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.06.2021 № 18 "О некоторых вопросах досудебного урегулирования споров, рассматриваемых в порядке гражданского и арбитражного судопроизводства" // Российская газета. № 144. 02.07.2021.
26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Российская газета. № 96. 06.05.2019.
27. Обзор практики применения арбитражными судами положений процессуального законодательства об обязательном досудебном порядке урегулирования спора (утв. Президиумом ВС РФ 22.07.2020) // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 2. 2021.
28. Постановление Президиума ВАС РФ от 01.11.2011 № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609 // СПС КонсультантПлюс.
29. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.04.2022 № С01-188/2022 по делу № А41-73925/2020 // СПС КонсультантПлюс.
30. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18.03.2022 № С01-274/2022 по делу № А40-92572/2021 // СПС КонсультантПлюс.
31. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 12.11.2021 по делу № А40-64165/2021 // СПС КонсультантПлюс.
32. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14.05.2020 № С01-346/2020 по делу № А40-133275/2019 // СПС КонсультантПлюс.
33. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 04.09.2018 № С01-581/2018 по делу № А40-91339/2017 // СПС КонсультантПлюс.
34. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.02.2021 № С01-1771/2020 по делу № А40-236550/2019 // СПС КонсультантПлюс.
35. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21.04.2022 № 09АП-13326/2022, 09АП-16875/2022 по делу № А40-197360/2021 // СПС КонсультантПлюс.

36. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2021 № 09АП-60251/2021 по делу № А40-75947/2021 // СПС КонсультантПлюс.
37. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2021 № 09АП-62506/2021-ГК по делу № А40-92137/2021 // СПС КонсультантПлюс.
38. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2022 № 09АП-78927/2021 по делу № А40-64703/20 // СПС КонсультантПлюс.
39. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2022 № 09АП-89385/2021 по делу № А40-189134/2021 // СПС КонсультантПлюс.
40. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.03.2018 № 09АП-70255/2017-ГК по делу № А40-153806/2017 // СПС КонсультантПлюс.
41. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2020 по делу № А40-214785/2019 // СПС КонсультантПлюс.
42. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2022 № 09АП-6419/2022 по делу № А40-234059/2021 // СПС КонсультантПлюс.
43. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.11.2019 № 09АП-64351/2019-ГК по делу № А40-291745/2018 // СПС КонсультантПлюс.
44. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2021 № 10АП-21094/2021 по делу № А41-73925/2020 // СПС КонсультантПлюс.
45. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2021 по делу № А41-70166/2020 // СПС КонсультантПлюс.
46. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 16.03.2022 № 10АП-949/2022 по делу № А41-66202/2021 // СПС КонсультантПлюс.
47. Апелляционное определение Московского городского суда от 11.12.2019 по делу № 33а-54407/2019 // СПС КонсультантПлюс.

Электронные ресурсы:

48. Правила использования сервиса «Яндекс Маркет». URL: https://yandex.ru/legal/market_termsofuse/?target=terms-of-use (дата обращения 19.05.2022).
49. Договор для Продавцов на Платформе Ozon. URL: <https://seller-edu.ozon.ru/docs/contract-for-sellers/contract-for-sell-goods-on-ozon.html> (дата обращения: 19.05.2022).
50. В "Яндексе" ищут контрафакт // Коммерсантъ. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2449619> (дата обращения: 04.07.2022).
51. Ритейлеры предлагают блокировать магазины на "Яндекс.Маркете" за торговлю контрафактом // ТАСС. 15.07.2014. URL: https://tass.ru/ekonomika/1319706?utm_source=yandex.ru&utm_medium=organic&utm_campaign=yandex.ru&utm_referrer=yandex.ru (дата обращения 07.07.2022).
52. Птички подались по ягоды // Коммерсантъ. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4791245> (дата обращения: 04.07.2022).
53. Правообладателям. URL: <https://www.wildberries.ru/services/kontakty?desktop=1> (дата обращения: 22.05.2022).
54. Выручка "Яндекса" в IV квартале увеличилась в 1,5 раза. URL: <https://www.interfax.ru/business/822185> (дата обращения: 23.05.2022).

A close-up portrait of an elderly man with light, wavy hair, looking slightly to the right. He is wearing a dark suit jacket over a light-colored shirt and a dark tie with a small pattern. The background is blurred, showing what appears to be a wooden panel or wall.

**ДЕНЬ
РОЖДЕНИЯ**
профессора
Ю.А. Тихомирова

БОЛЬШОЕ ИНТЕРВЬЮ **С ЮРИЕМ АЛЕКСАНДРОВИЧЕМ** **ТИХОМИРОВЫМ**

заместителем заведующего Центра публично-правовых исследований,
заслуженным деятелем науки Российской Федерации, членом-
корреспондентом Международной академии сравнительного права,
доктором юридических наук, профессором



**Беседовал
Константин Киктенко**

– Юрий Александрович, расскажите подробнее историю своей жизни, в открытых источниках Ваша биография представлена лишь в виде большого перечня должностей и званий.

– Я закончил юридический факультет Московского университета, потом я учился в аспирантуре Института государства и права Академии наук СССР. Далее я остался в этом институте и прошел, по сути, все должности, кроме вахтера и директора: после аспирантуры я был научным сотрудником, после этого работал ученым-секретарем секции большого научного совета Академии наук, затем – ученым секретарем, заведующим сектором, заместителем директора, потом какое-то время – главным сотрудником... Работал я 31 или 32 года. И вот я прихожу заведовать кафедрой права и психологии управления Академии народного хозяйства при Совете Министров СССР. При кафедре была научно-исследовательская лаборатория – это редчайший случай организации научного учреждения, не методкабинет. Там были преимущественно психологи профиля психологии управления, человек 15, одна дама занималась этикой, и еще двое занимались юриспруденцией. С. Д. Могилевского я пригласил к себе на кафедру доцентом, ему было тогда 30 или 31 год. Он работал превосходно, старательно. Какой контингент учащихся был в этой Академии? Совершенно необычный, редкий, поучительный, который остался в памяти: министры СССР, то есть члены Правительства Союза ССР. Группы приезжали небольшие, конечно, пять-шесть человек. Они могли работать неделю – «экспресс-курс». Я вел эти занятия, Могилевский тоже помогал. Вот, ради любопытства: как такое занятие проводилось в группе, где перед тобой – пять или шесть министров СССР? Они не очень похожи на современных министров!

Меня всегда выручало то, что я много ездил и проводил практические работы в областях, республиках – теперь это называется «в регионах, субъектах Федерации» – на заводах и в министерствах

постоянно. И вот я начинаю семинар, 5-7 минут я поясняю какую-то тему, скажем, об организации управления в масштабе отрасли или территории и упоминаю о взаимоотношениях функциональных органов с госпредприятиями (центрального подчинения, республиканского и пр.). И вот кто-то из слушателей начинает меня перебивать: «Да, ну, знаете, на самом деле, вот так бывает...», и начинается такой горячий монолог, переходящий в диалог. Тут к нему присоединяется второй сидящий: «...А у меня вот там то-то и то-то!..». Примерно в такой манере шли занятия, неплохо, да? Вот почему я научился больше верить межотраслевым работам, а не чисто отраслевым.

Другой контингент – это министры и замминистры союзных и автономных республик, председатели городских советов или областных исполкомов. Эта работа в АНХ Союза на протяжении семи-девяти лет очень многое мне дала по жизни, и, ко всему прочему, мои бесконечные поездки тоже, потому что приходилось часто выступать по поручению ректората, а ректорат получал прямые указания от Правительства или от отделов по отраслям ЦК КПСС. Много было поездок в регионы, где проходили всякие партийно-хозяйственные активы и совещания управленцев либо какие-то звенья хозяйственных руководителей, поэтому тематика в АНХ считалась широкой, очень уважаемой, и работать было очень интересно, но сложно: сдирали, как говорится, семь шкур. Когда я рассказываю о структуре, удивляются, нет сейчас таких университетов, где есть кафедра и лаборатория, нарабатывающая практический материал для лекций или участвующая в специальных соревнованиях по психологии – это, кстати, тоже полезно. Я очень ценю взаимосвязь юридической науки со смежными: экономическими, социологическими, психологическими, политологическими. Все мои работы последних 30-40 лет, как правило, связаны этими партнерскими и функциональными узами в исследовании явлений.

После Академии народного хозяйства я работал по приглашению Председателя Верховного Совета в Институте законодательства. Я в нем работаю уже примерно 33 года. Он имел другие названия, прошел большую историю, а в будущем году будет отмечать столетие. Нынешнее его название – Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской

Федерации. Он переходил в звенья Верховного Совета РСФСР из Верховного Совета СССР, когда Союз распался. Тогда я руководил институтом в отсутствие директора, это было трудно и болезненно, потому что когда я выступал на заседаниях Президиума ВС РСФСР, то мне говорили высокие жесткие фразы: «Хватит обслуживать Кремлевские звезды! Давайте занимайтесь российской практикой!», – это был период, когда Ельцин занимал высокое положение. В этом институте я двадцать с лишним лет проработал первым замдиректора, назначался Правительством, поэтому возможности для общения были широкие, участвовал в законопроектной комиссии по понедельникам. Институт законодательства по уставу своему и по регламенту аппарата Правительства готовит официальные экспертные заключения на проекты федеральных законов, которые приходят из Правительства, иногда из министерств, Государственной Думы и Совета Федерации, Администрации Президента... Приходит много поручений: подготовить аналитический материал по такой-то теме... Скажем, антикоррупционная тематика – я имел удовольствие присутствовать при ее заро-

ждении. Темп работы был безумный (но сейчас он почти такой же, как говорят мои коллеги). В день институт получал 5-8 проектов, законов, заключений – этого никто не мог представить, причем ответ иногда нужно было давать на следующий день утром. В институте были отраслевые отделы, где специалистам я давал поручения, но оперативная работа больше всего лежала на мне. На это иногда уходило полдня, бешеные нервы, постоянные звонки. Из приемной замминистра сельского хозяйства: «Завтра на заседание Правительства идет наш проект. А вы заключение не прислали!». Я уже отвечаю: «Будет направлено в установленном порядке, не волнуйтесь!». Мне говорят: «Побыстрее, пожалуйста! Я пришлю своих сотрудников». «Не надо!» – отвечаю я.

Я на этом сломал свои глаза, потому что все заключения шли через меня – иногда из-за стола встать невозможно! Стоят два-три заведующих отделом срочно подписывать заключения, еще ждут «гонцы» из министерства – электронная связь была не так развита.

Я попросился в отставку в 2010 году. В Институте есть центр публичного права, и я попросил тогда стать замруководителя. Есть еще секция публичного совета, публичного права: через нее проходит процентов 60 всей продукции Инсти-

тута до того, как она выйдет. Веду заседания, работа трудная: аналитическая записка – раз, научно-практическое пособие – два, монография – три, концепция закона или отрасли... В общем, весь букет.

Наряду с этим Институтом я много лет, с 1999 года, работаю в Высшей школе экономики. Меня пригласил туда А.Н. Шохин и Я.И. Кузьминов (сейчас он научный руководитель уже). Также был председателем диссертационного совета, ученого совета и еще возглавлял кафедру публичного права, где было 6-7 дисциплин. В Высшей школе экономики я работал директором института

правовых исследований, мы выпустили несколько хороших книг. Потом институт преобразовался полтора года назад, там происходит пертурбация, научно-методическое объединение, департаменты – не очень удачные реформы, когда нет больших идей.

Теперь я считаю научным руководителем Института исследований национального и сравнительного права в Высшей Школе. Естественно, маленькая зарплата. В первом институте я больше на удаленке, меня берегут, потому что возраст.

Еще я работал в РАНХиГС. Там я был руководителем центра мониторинга госуправления и права. Мониторинг создали в Совете Федерации по моей инициативе, я предложил Бурбулису, председателю комиссии (он, к несчастью, скончался



**Я ОЧЕНЬ ЦЕНЮ ВЗАИМОСВЯЗЬ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ
СО СМЕЖНЫМИ:
ЭКОНОМИЧЕСКИМИ,
СОЦИОЛОГИЧЕСКИМИ,
ПСИХОЛОГИЧЕСКИМИ,
ПОЛИТОЛОГИЧЕСКИМИ.
ВСЕ МОИ РАБОТЫ
ПОСЛЕДНИХ 30-40 ЛЕТ,
КАК ПРАВИЛО, СВЯЗАНЫ
ЭТИМИ ПАРТНЕРСКИМИ
И ФУНКЦИОНАЛЬНЫМИ
УЗАМИ В ИССЛЕДОВАНИИ
ЯВЛЕНИЙ**

на днях). Он был близкий мой товарищ и партнер. Он возглавлял первое Правительство после Союзов, называлось Госсовет. Там была знаменитая вспышка, когда Съезд народных депутатов критиковал исполнительную власть. При поддержке Бурбулиса и моей создали центр правового мониторинга, который возглавлял Миронов, председатель Палаты. Именно такой указ Президента появился в 2011 году – «О мониторинге правоприменения».

Затем с центром мониторинга года три назад я решил расставаться. Там есть еще один центр, где я работаю, очень сильный и хороший – «Центр прикладных экономических исследований», а внутри него – «Центр процедур государственного правления». Возглавляет Южак Владимир Николаевич, очень милый профессор, мы с ним много лет в добрых отношениях.

– Вы еще и много писали всегда, расскажете о публикациях?

– Да, по цитированию я иду все время вторым.

– А первый кто?

– Это смешно, только в этом государстве бывает так. Первым уже лет восемь идет...

– Юрий Кириллович Толстой?

– Что Вы! Юрий Кириллович номер 88, нет-нет. В Петербурге есть один университет небезызвестный. Он довольно большой, почти такой же, как Нижний Новгород – я там выступал и проводил конференции. Директор или начальник университета, фамилию называть не буду, каким путем добился повышения цитирования? В науке его имя никто не знает. Как это получается? У нас народ хитроумный: скорее хитрый, чем умный. Вся северо-западная зона, большой федеральный округ, экономическая зона, в филиалах этого вуза и, как я предполагаю, все студенты, слушатели обязаны его цитировать. По этому принципу я могу быть самым цитируемым в области физики. Поэтому все годы я иду где-то вторым. Вот эта статья, что я Вам подарил, вышла в мае этого года и является по списку моей 777-ой публикацией. На столе лежит обложка книги, сейчас готовящейся к изданию: «Правовое управление в кризисных ситуациях». Это самая нужная тема в стране и за рубежом, и я скажу не столько о книге, сколько о

кризисных ситуациях. Первый блок – новые подходы к развитию права, второй блок – некоторые новые творческие подходы к пониманию государства и управления, третий – самая острая и актуальная проблема завтрашнего дня.

Поскольку у меня путь, с одной стороны, довольно устойчивый, а с другой – он позволял мне в равной мере заниматься и теорией, и практикой (до сегодняшнего дня – в институте), и потом массовые исследования я из них проводил: и в Институте государства и права тех годов, и в этом Институте я провел тоже не меньше 15-17 выездных исследований. Последние годы: Орловская область, Калужская область, республика Карелия и так далее. Эти исследования, кстати, проводятся по приглашению руководства региона – губернатора, руководителя республики и так далее. Мы заранее составляем план – обычно это все на мне было, – я подбираю бригаду. Не все охотно едут, не все! Веду разговор, дали мне протоколы от облисполкома или сейчас – администрации – или какие-то вещи... А большинство не знает, о чем спрашивать, какие локальные акты смотреть: никто никогда не видел внутренние акты городского управления экономики, к примеру.

Мое понимание права и динамика его развития. Конечно, до 1991 года у нас было такое единообразное понимание права, государства и всех процессов, государствоведение было преобладающей дисциплиной, и юристы советских годов писали больше по теории государства, по органам местным и центральным... Юристы последних тридцати лет больше пишут о законах, о нормах, о судах – государство отошло на второй план. Тем не менее право живет, развивается 10, 20, 30, 40 лет. Этому предшествует вот что: много лет назад, в 1971 году, я написал книгу «Управленческое решение». Я горжусь этой работой! Она была первая, тогда в стране был бум науки управления, и если сейчас цифровизация всех свела с ума: «Ох, спасительная волшебная палочка!», то тогда ничего подобного, была концепция общегосударственной автоматизированной системы управления народным хозяйством. Ее готовили академики, в частности академик Виктор Михайлович Глушков. Это была оригинальная концепция: не американская, не английская, не немецкая – централизация позволяла. Второе, что я прошел, – школу прогнозирования. В 70-е годы составлялся прогноз

развития народного хозяйства СССР на 20-25 лет вперед. Я как замдиректора Института государства и права ходил на заседания Президиума Академии наук СССР, которые проходили всегда по четвергам в присутствии Президента-академика Келдыша. Он был великий ученый, великолепный организатор. Я присутствовал на заседании Президиума, выступали Нобелевские лауреаты: Басов – великий физик, Петр Леонидович Капица, Семенов – лауреат по химии... Это мне тоже многое давало, конечно. А сейчас я стал разрабатывать прогнозы (есть две книги «Юридические прогнозы» 2015 и 2018 годов). Приведу пример сразу: на одном заседании Президиума выступает Капица Петр Леонидович, а на каждом заседании обсуждали лишь отдельные блоки этого прогнозного сценария. Институт государства и права – я отвечал за это – готовил том «Прогнозы развития государства и права». И вот выступает Капица, невысокого роста человек, очень скромно одет, в течение пяти минут по докладам Центрального экономико-математического института (ЦЭМИ) о расширении и производстве товаров народного потребления (одежда и все прочее). Выступает и тихим голосом говорит: «Интересно, конечно, подготовлен доклад ЦЭМИ... Это тут метод экстраполяции: сегодня у мужчины два костюма, через семь лет – четыре, потом восемь, десять... Это хорошо. Для этого нужно хлопка больше, рубашек, пиджаков, пуговиц, синтетического материала и краски...» – это заняло три минуты. А две минуты: «Ну, я думаю, что и не так будет, все-таки через 20-25 лет изменится уклад жизни, люди будут жить иначе и думать по-другому. И, может быть, наука будет предлагать костюмы комбинированные, конструкторы, и нужно ли тогда сеять столько хлопка?». Вот качественный прогноз человека, который глубоко анализирует широкий контекст развития страны.

В 1982 году я выпустил первую книгу в СССР «Теория закона». Она имела и имеет хорошее звучание, потому что законов тогда не было почти, в основном в течение года утверждали указы Президиума Верховного совета СССР. Я попал в Правительственную комиссию по подготовке закона о Совете министров СССР после Конституции 1977 года. Мне как самому молодому был поручен самый легкий раздел – компетенция правительства по отраслям при том, что много же было постановлений ЦК КПСС и Правительства по отдельно-

сти или вместе. Сельское хозяйство, промышленность, торговля, строительство... Я думаю, как нормы закона формулировать? Опыта и знаний не было, это было мучение, конечно. Кстати, я был на заседании Президиума Совета министров, где Косыгин, Председатель Правительства, вел заседание, закон этот одобрили и внесли в Верховный Совет. Я подумал: я ничего не знаю, кроме абстрактной формы, что закон – самый высокий и значимый. Я написал книгу «Теория закона», прошли годы, эта тематика у меня развивалась вместе с управленческой, государствоведческой и правоведческой. Эти две вороньи лошадки и гнали меня. И вот за последние

десятилетия мне стало казаться, что право нужно истолковывать немного по-другому. За эти десятилетия право стали воспринимать как изобилие законов, бешеный процесс законотворчества – я его сейчас хорошо чувствую на всех этапах. Мне стало казаться, что право не только фиксирует в тексте ситуацию, но и пытается что-то воссоздавать. Поэтому уже потом в нашем Институте законодательства пришлось создавать совершенно другой подход, и мне довелось работать с помощником Президента Ельцина, которого я знал хорошо, Батуриным Юрием Михайловичем, исследователем-космонавтом, корреспондентом Академии наук, специалистом по компьютерному

”

**ПРИШЛОСЬ РАЗРАБОТАТЬ
ПОНЯТИЕ МОДЕЛЬНОГО
ЗАКОНА – ПОНЯТИЕ
НЕИЗВЕДАННОЕ, НЕ СКРОЮ,
ЧТО, КОГДА Я ДОКЛАДЫВАЛ
НА ЗАСЕДАНИИ,
ЧТО ТАКОЕ МОДЕЛЬНЫЙ
ЗАКОН И ЕГО ПРИЗНАКИ
(ПЕРВООЧЕРЕДНОСТЬ,
ВАРИАТИВНОСТЬ, ГИБКОСТЬ,
РЕКОМЕНДАТЕЛЬНОСТЬ),
ТО НА ПЕРВОМ ЗАСЕДАНИИ
МЕНЯ СНАЧАЛА
НЕ ПОДДЕРЖАЛИ, ОБЪЯВИЛИ
БОЛЬШОЙ ПЕРЕРЫВ**



праву. В 1994 году, когда Союз уже не существовал, как я сказал: был хаотический процесс, – пришло поручение Президента Ельцина готовить научные концепции Институту законодательства в трехнедельный срок. Стали мы готовить научные концепции законодательства, сейчас свежий вариант сделан, довольно необычный поворот. Мне приходилось в конце 2019 года выступать на Сенатских чтениях в Конституционном Суде. Как объяснил Гадис Абуллаевич Гаджиев, выдающийся судья, там собирается юридическая элита Петербурга, разного рода работники: и судьи, и адвокаты...

– **Там и В.Д. Зорькин обычно выступает с программной речью.**

– Да, и Иванов там тоже выступал, по-моему. Но по темам, которые сам докладчик предлагает, чтобы не шаблонно. Какой доклад я предложил? «Право: момент покоя или опережающее воздействие на процесс». Доклад прошел за часа два с половиной, с вопросами. Я опубликовал статью в нашем научном журнале – недавно вышла книга, в прошлом году. Оно, конечно, по-новому формирует общественные отношения, как и по-разному

воспринимает: рядом с правотворчеством идет процесс правоприменения. В советские годы было три схемы: применение, исполнение, соблюдение и еще, добавлю, реализация. Мне пришлось разрабатывать концепцию правоприменения, она в Институте получила признание, и постепенно я сформулировал концепцию права, которое развивается с опережением, и очень важен следующий сложный процесс правоприменения, где не только есть проблема издания подзаконных актов, что естественно, хотя процесс тоже идет негибким образом (там действует очень много вопросов: социология права – как я понимаю закон, как я трактую нормы, расширительно или узко, какой образ действия у меня). Поэтому в этой книге упомянуты, ко всему прочему, критерии выбора регуляторов – я это про себя шутя называю юридической таблицей Менделеева. Например, в ситуации сложной и неясной следует применять регуляторы а, б, в, г, д, е, в ситуации более понятной, шаблонной, – регуляторы ю, л, к, в ситуации хаотической – х, ж, и так далее. В книге есть специальная глава правовых регуляторов. Но это не главное даже! Мне очень важно было представлять, как люди будут воспринимать исполнителя разного

типа норм. Норма-предписание какую реакцию вызывает? – «слушаюсь». Норма-принцип? – «могу не воспринимать, это абстракция». Норма-стимул? – «ой, это хорошо, потом поощрение». Норма-ограничение? – «жалко!».

Параллельно я разрабатывал концепцию публичного права, причем в ситуации, когда только стали поднимать частное право: верховенство права, приоритет частного права... Профессор Алексеев – великий умница, даже писал где-то статью в газете или в журнале: «Гражданский Кодекс – это экономическая Конституция СССР».

Все остальное публичное – это бяка: административное, финансовое, бюджетно-налоговое... Вот, цивилистика – это экономическое знамя страны. Я разрабатывал публичное право, это тоже была первая книга 1974 года, вторую книгу под названием «Современное публичное право» сдал через 15 лет. Там я разработал систему общих институтов публичного права и особенную часть, где показал, как институты публичного права реализуются в собственных отраслях и отраслях гражданского и частного права. Эта тематика теории права и отраслевого права: я за-

метил, что мы сразу после распада Союза стремительно окунулись в сравнительное правоведение – это и название нашего института отражает. Институт законодательства тоже был в авангарде всех этих перестроек, мне приходилось участвовать в работе первых заседаний межпарламентской ассамблеи СНГ. Чем она будет заниматься? Пришлось разработать понятие модельного закона – понятие неизведанное, не скрою, что, когда я докладывал на заседании, что такое модельный закон и его признаки (первоочередность, вариативность, гибкость, рекомендательность), то на первом заседании меня сначала не поддержали, объявили большой перерыв. Потом, во второй половине дня, меня опять пригласили на трибуну, я во время перерыва сидел один, ко мне никто не

подходил из коллег, которые приехали со мной в Бишкек. Я еще раз доложил с какими-то скромными аргументами, и зампред Верховного Совета Белоруссии сказал: «Если профессор докладывает, что модельный закон – это то-то и то-то, я за! Белорусская делегация будет поддерживать, прошу Председателей Парламента независимых государств поддержать». Приняли модельные законы.

Сравнительное право у нас шло под влиянием Рене Давида, великого французского профессора, который создал эту школу сравнительного права.

Нам пришлось создавать эту школу тоже, по сути, заново, мы ее испытывали практически, потому что сближение законодательства, согласование, гармонизация – процессы 90-х годов были чрезвычайно стремительны.

”

**В 1991 ГОДУ, КОГДА СССР
СЛОМАЛСЯ, СТАРОЕ
СОВЕТСКОЕ ПРАВО –
В СТОРОНУ, У НАС ПОЛНАЯ
СВОБОДА, ПОЧТИ АНАРХИЗМ,
И ВСЕ ПУБЛИЧНОЕ ПОЛЕТЕЛО
В ЯМУ. ЭТО ИСТОРИЧЕСКИЕ
ЦИКЛЫ, ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО –
ПАРНАЯ КАТЕГОРИЯ
С ЧАСТНЫМ ПРАВОМ, ОНИ
В РАВНОЙ МЕРЕ МЕНЯЮТСЯ
МЕСТАМИ**

– Вы родились в 1931 году. Ваше детство проходило в тяжелый период истории: репрессии, вызванные подготовкой к войне, затем – сама война, трудные послевоенные годы. Как сейчас Вы оцениваете тот период? Действительно ли понятие права в то время в принципе не существовало, как полагают сторонники ли-

бертарной теории правопонимания: Нерсесянц, Четвернин и компания?

– Нерсесянц был мой близкий товарищ, и он, кстати, при Союзе активно поддерживал марксистскую теорию законов, но это был период, когда либертарная теория или гражданское право шло очень активно, и, в 1991 году, когда СССР сломался, старое советское право – в сторону, у нас полная свобода, почти анархизм, и все публичное полетело в яму. Это исторические циклы, публичное право – парная категория с частным правом, они в равной мере меняются местами. До недавнего времени на подъеме было частное, теперь его сменяет публичное. Это написано все в моих книгах. Я думаю, что право, конечно, всегда было. Я не говорю о специально-военном

праве военных годов – совершенно естественно: тогда стране необходимо было выжить. Были приказы и Председателя Правительства, и совместные постановления ЦК и Правительства, Комитета обороны... Да, было право того периода, которое позволяло стране использовать все свои ресурсы, чтобы держаться и как-то развиваться дальше. Поэтому право всегда было, меняется облик, содержание, цели, система регуляторов меняется, а сказать, что его не было – это неверно.

– В своих работах Вы затрагиваете вопросы, на первый взгляд, далекие от юриспруденции: управление, климат, промышленность. То есть ставите перед правом глобальные задачи. С другой стороны, это идет вразрез с той поведкой, что идет сейчас в юридическом сообществе: нужно придерживаться узкой специализации, настолько узкой, что вмещает она в себя не больше одной главы Гражданского кодекса. Вы, получается, одиноки в этом мультидисциплинарном глобальном взгляде на право?

– Нет, к счастью, не одинок, потому что в Институте, где я работаю, есть сторонники этого направления, один среди них – молодой замдиректора Синицин Сергей Андреевич. Мы сейчас новую концепцию законодательства делаем, конечно, она построена на межотраслевом регулировании. Дело в том, что межотраслевое регулирование – это этап современной науки, если вы слушаете руководителя Курчатовского центра, он акцентирует внимание на этом. Когда мы выдерживаем график и схему узкоотраслевую, то происходит работа с инструментами: гражданско-правовыми, уголовно-правовыми, административно-правовыми. Но приложить это к объекту регулирования, и вы увидите, что они там пересекаются с другими регуляторами: публичными и смежными науками – с экономикой, социологией, о чем я говорил, и технической темой: цифровизация это показывает. Поэтому это направление, которое занимает много лет, я считаю, оно правильное, не отодвигает в сторону отраслевую структуру. Статья, которую я передал, показывает, что такое новая систематика внутри права. Это своего рода сильный энергетический потенциал права за счет взаимодействия составных систем, а не порознь кадрироваться: цивилисты – направо, публичники – налево, специалисты уголовного права где-то

вперед или назад, конституционное право где-то летает... Я думаю, что надо сохранять отраслевую структуру как инструментальную основу права, допускать отрасли, но не тонуть в специализации – она закрывает горизонт в этой страшной, путаной, тяжелой обстановке. Вы не можете держаться в какой-то отраслевой структуре, если все переподчинено. Жизненные проблемы, которые призваны решать юристы на основе права, намного сложнее любой узкой специализации.

– В Вашей книге «Сравнительное правоведение» Вы пишете: «если государство национализируется, то право интернационализируется». Спустя годы после издания книги, особенно сейчас, когда мы видим, что происходит с правом на международном уровне: Россия выходит из Совета Европы, как пример. Вы стоите на той же позиции?

– Я не закончил «Сравнительное правоведение», как раз вопрос очень кстати задан. Сравнительное правоведение сейчас как я представляю? Я докладывал об этом рассказывал на конференции. У нас каждый год проходит конгресс сравнительного правоведения. Раньше иностранцев было много, сейчас, конечно, уже база. Так вот, я считаю, не сейчас, не вчера, а в последние лет 10 наступил другой этап сравнительного правоведения: не прямое заимствование хороших текстов, которые нам понравились, гражданского права, административного права. Были прекрасные стандарты, показатели эффективности, стандарты социального обслуживания. Не все уложилось в действительность. Почему социология права нужна? Восприятие другое! Мои классификаторы, регуляторы показывают, кто и как воспринимает одну норму: по-разному на территории одного города среди разных национальных и профессиональных групп. Но более того, сейчас поворот объективный. Я бы сказал, еще до самых тяжелых событий появились глобальные задачи, когда нужно не просто сравнивать право Нидерландов и российское право или право российское в сфере публичного права, федеративные аспекты, с бразильским – этот период прошел, это пассивная информационная функция сравнительного права. Есть информационно-аналитическая функция, конструктивная функция. Последняя функция означает, что нужно сейчас национальное

законодательство сближать в тех частях, когда они вместе выходят на решение какой-то глобальной задачи. Тот же климат, о котором я писал. Без этого нельзя, поэтому поворот сюда должен был пройти. Но в конце я скажу, как действовать в этой ситуации. Сравнительное правоведение должно сейчас обновляться. Второе – сделать подходы к пониманию государства и государственного управления. Как я сказал, вся моя жизнь идет по этим двум осям, и я рад тому, что не сбился ни с той, ни с другой дороги – они показывают, что это все существенно. Когда был жив профессор Чиркин, мой старый товарищ, то как-то получалось за последние лет 20 мы двое признались, что в тот момент кроме нас двоих мало кто занимается государствоведением и государством. Десять лет назад, в 2013 году, в Издательстве «Норма» я опубликовал книгу под названием «Государство», где пытался показать, как сегодня можно представить государство. Одновременно по совпадению в том же году была переведена с немецкого на русский книга правящего князя Лихтейнштейна. Мне жизнь дала возможность в этом княжестве побывать, там всего 50 с небольшим тысяч жителей. Правящий князь выпустил книгу почти где-то параллельно с моей книгой. Называлась она «Государство третьего тысячелетия», но там все было представлено в таких эволюционно-благостных тонах, что Лихтейнштейн – это вариант маленькой Швейцарии и тому подобное. Я государство трактовал и трактую сейчас как сложную политико-управляющую систему, которая действует на основе мандата общества и тем самым воздействует на происходящие процессы. Я понимаю, что это определение довольно условное, немного спорное, но мне оно позволило раздвинуть систему признаков государства. У Энгельса ведь это выделялось в работе «Происхождение семьи, частной собственности и государства» в виде трех признаков: территория, публичная власть, налоги. Я добавил от себя «бюджет и налоги», право как регулятор в обществе и пятое – официальное представительство государства в мировом сообществе. Вот пять признаков, которые я выделял в книге, и сейчас я это поддерживаю. Сейчас, конечно, появляется много актуальных проблем, к сожалению, длительной работы в этой сфере почти нет. Мы часто перестраиваем систему органов, сейчас пошла перестройка в сфере публичной

власти. Но здесь самое интересное в том, что все эти институты публичной власти приспособлены к тому, чтобы принимать хорошие управленческие решения с учетом той формулы, которую я дал.

– Вы пишете, что поддерживаете Рене Давида, его слова, что социалистическое и буржуазное право могут смягчить различия между собой. Но, по сути, исторический опыт показал, что буржуазное право в борьбе с социалистическим его повсеместно искоренило, а сейчас добивает эти пережитки в виде социальных гарантий, развитой системы защиты трудовых прав... Действительно ли они могут вообще сосуществовать?

– Так получается, что сейчас существует пестрая правовая система – сказать, что наша правовая система гомогенна и однородна, довольно нелегко, потому что она сохранила какие-то черты предшествующего права. Также не стоит забывать, что право – это и правосознание, и правовые традиции, и обычаи, и традиционные институты; пришло много новых институтов не только в силу того, что мы активно использовали опыт зарубежных государств и правового развития, но и в силу каких-то естественных процессов развития, которые требовали своеобразной интеграции. Здесь я считаю, что даже между разными странами, если брать буржуазное общество в таком широком измерении, тоже есть большие несходства. Вот, например, разделение властей – это любимая доктрина всей западной юридической науки и не только, но исключая восток в широком смысле слова. Ш. Л. Монтескье эту работу описал много лет назад в середине XVIII века. Почему она появилась – понятно тому, кто знает азы юриспруденции и хорошо подготовлен как гуманитарий. Мне всегда казалось, что эта доктрина для современного XX–XXI века не очень подходит. Разумеется, мою позицию облегчало то, что в советские годы было господство единой государственной власти. Ядро этой власти сверху донизу – советы, выборные органы, что очень хорошо: народ – истинный источник власти. Это не демагогия, это корневая система. В 1967 году в журнале советского государственного права я написал статью «Разделение властей или разделение труда». Я здесь, конечно, шел за установками марксистской теории – то, что Маркс и Энгельс образовали и что обновлял существенно Ленин. Поэтому это представление

о единой государственной власти сейчас также подтверждается: власти и государства не может быть много, делятся только функции власти, делятся разные структуры. В 2008-2009 годах я сделал доклад на конференции МГУ, где произнес тезис: «Прощай, Монтескье!», потому что появились новые обстоятельства. Но прощаясь, я сказал: «спасибо тебе, Монтескье, ты великий ученый, ты нам очень помогаешь». Я на эту тему опубликовал статью – можете посмотреть в журнале «Зарубежное конституционное обозрение», это номер 3, 2011 год, если не ошибаюсь. Там статья называется «О новом «духе законов» или... прощай, Монтескье?».

– Как вы относитесь к критике сравнительного правоведения с позиций агностических, утверждающих, что чужое право можно понять, только владея языком, культурой, находясь в контексте общества? Я отчасти разделяю это позицию, поскольку, читая «Основные правовые системы современности», в разделе про Россию я нашел ряд ошибок, и понятно, что они вне контекста российского. Если бы я был арабом, немцем, я бы, наверное, нашел ошибки и в других разделах.

– Разумеется.

– Так познаваемо ли иностранное право?

– Конечно, оно познаваемое относительно, как и всякое общественное явление. До конца познать невозможно, в этом и есть его очарование, и нельзя дойти до последней точки, до вершины. Все, что развивается во французском конституционном праве – это, конечно, образцы. При этом французы приняли закон в 2016 году «французская цифровая республика», что же, они отказались от *liberté, égalité, fraternité*? Нет, конечно, это просто естественное развитие, динамика. Говоря о государстве, я бы сказал, что такое представление о государстве, воздействующем на процессы в интересах общества и действующем по мандату общества, действует. Как развиваются функции

государства? Где их больше, где их меньше – это соединение публичного и частного права, но здесь нет однозначного решения: в какие-то периоды больше применяются методы публичного регулирования, в какие-то – частного регулирования. В последние 10-15 лет – это преобладание публичных норм, предыдущих 15-20 лет – частных норм. Функции государства: где оно подходит, где оно отходит, где действует дистанционно. Недавно прошел 25-й петербургский международный экономический форум. Глава Правительства выдвинул тезис об экономическом суверенитете, потому в современном контексте общества эта тема, как

известно, встала довольно остро. Шохин, выступая на этом же форуме, сказал, что речь идет скорее о технологическом суверенитете. Я про себя подумал и вспомнил, что 10 лет назад после ряда выступлений и размышлений я написал статью о правовом суверенитете – это опубликовано в «Журнале российского права», 2013 год, номер 3 или 4. Еще в «Журнале Высшей Школы Экономики» тоже была статья «Вопросы государственного и муниципального управления». Я подумал: мне давно уже хочется на базе

разработок сделать новую книгу о правовом суверенитете.

Кстати, лет 15 назад, когда я был первый зам-директора, мне все время казалось, что надо искать какие-то межотраслевые подходы. Вы меня спрашивали уже, кто на моей стороне. И как-то ко мне молодые ребята тянутся 25-30-ти лет, у нас невольно сформировалась творческая группа – «Группа тринадцать». В первый день их было тринадцать. Они стихийно собрались, представители разных отраслей. Директор ИЗиСП Талия Ярулловна Хабриева пришла и сказала: «Прекрасно, Юрий Александрович! Группа тринадцать, русская группа. Я буду ее поощрять». Группа жила и работала, что нарабатывала – это относится к теории права и к теории государства, к отраслевым наукам, в общем, межотраслевая. Все работы доступны: первая книга вышла под названием



**ФРАНЦУЗЫ ПРИНЯЛИ
ЗАКОН В 2016 ГОДУ
«ФРАНЦУЗСКАЯ ЦИФРОВАЯ
РЕСПУБЛИКА»,
ЧТО ЖЕ, ОНИ ОТКАЗАЛИСЬ
ОТ LIBERTÉ, ÉGALITÉ,
FRATERNITÉ? НЕТ,
КОНЕЧНО, ЭТО ПРОСТО
ЕСТЕСТВЕННОЕ РАЗВИТИЕ,
ДИНАМИКА**



«Взаимодействие отраслей законодательства», дальше мы освоили понятие «правовое пространство человека», потом – «правовое пространство и границы». Потом мы написали книгу «Правовые модели реальности» – это «Группа тринадцать», все в 25-30 лет! Затем идем от модели к норме, к реализации – выпускаем книгу, которую я переиздал сейчас, «Юридический конфликт»: там есть конфликты национальные и международные, причем на стыке права, политологии и социологии. Потом – книга «Юридическая концепция роботизации». Мы пытались обновить представление о праве и государстве на пересечении разных отраслей. Одну книгу писал состав не из тринадцати, а из восемнадцати авторов – это было нелегко. Другую книгу писали шестеро. «Группа тринадцать» сохранила свой девиз, и мы очень гордимся, что мы работали. Сейчас была последняя конференция молодежная, симпозиум такой, проводится каждый год, и мы сделали очередную ярмарку идей, которую проводим в рамках этой молодежной школы-практикума, и опять со мной работали представители «Группы тринадцать». Им уже немного побольше: кому 37, кому 38. И с этим связана проблема госуправления, но

я оставляю это в стороне, потому что я много лет разрабатывал эту тематику, у меня вышла книга где-то в 2009 году «Управление на основе права», сейчас идет книга «Управление государством в кризисных ситуациях». Я все время эту связку делаю, у меня много разработок по теории управленческих решений, кроме одноименной книги, конечно, и мне кажется, что эта тематика довольно перспективна, потому что, если делать акцент на чистом голом правоведении, это сузит картину. Государство и право не расстались, это два танцора, которые танцуют танго!

– Вы очень цените работу профессора Мальцева «Социальные основания права». Он в этом фундаментальном труде пишет, что законодатель всегда стремится к наиболее благоприятному правовому регулированию в интересах всего общества, а если принимаются какие-либо законы, имеющие негативный эффект, то это лишь от недостаточности знаний, как необходимо регулировать ту или иную сферу жизни». То есть он исключает лоббизм, личные корыстные интересы представителей государственной власти, государственную политику и так далее.

Мне кажется, что в его и в Ваших работах – большая вера в государство и надежда на него, которые исключают эти негативные факторы.

– Я думаю, что Вы, наверное, все-таки правы, потому что государство – это организующий орган. При социализме трудящиеся не знали никакой власти, кроме власти их собственного объединения, а русские юристы конца XIX века: Коркунов, Чичерин, Градовский – писали, что государство есть союз людей на основе права, хотя тогда права не было в таком современном понимании. Эта объединительность для государства существенна, поэтому мои шесть признаков показывают, что связь с правом помогает объединять общество: это не просто госаппарат, не просто налоги и бюджет. Здесь есть что-то перспективное. Эта тематика «Группы тринадцать» позволяла нам освежить представления о теории права, о теории государства и об отраслях, которые к этому причастны. Почему я развиваю межотраслевой подход? Потому что это естественная потребность. Каков сегодняшний этап развития права? Как бы я оценил острые проблемы права на 23 июня 2022 года? Конечно, все вышесказанное имеет к этому отношение: прямое, косвенное, идущее впереди, отстающее. У меня запас самокритичности очень высокий, никакой похвалы я не испытывал, и меня это никогда не радует. Более того, я недавно слушал выступление Максима Горького на первом съезде советских писателей 1934 года по записи. Как говорили мои родители, Горький говорил не очень хорошо – писал великолепно! Кстати, мой любимый писатель, боевой, идущий вперед. Он, выступая, сказал: «Уважаемые товарищи, мне кажется, что здесь чрезмерно часто произносится имя Горького с добавлением измерительных эпитетов: великий, высокий, длинный». «Измерение роста писателей – дело читателей. Объяснение социального значения произведения литературы – дело критики» – самокритика у него была такая. Что сегодня стоит на повестке дня? Мне думается, что, конечно, нас сейчас очень мучают возникновения переплетений разных критических и кризисных ситуаций. В этой книге, которая сейчас у нас редактируется, – надеюсь, она в июле появится, – мы проводили конференцию 1 декабря прошлого года, очередной конгресс сравнительного права, там был мой доклад «Способы преодоления кризисных ситуаций» (это уже опубликовано).

Кризисные ситуации отражает не случайность, которая в обществе произошла: до сегодня мы считали, что у нас все идет планомерно, возрастает, расширяется и усиливается. В последние годы мы стали более взвешенно все оценивать, прямой линии развития нет, процесс познания сложный, но кризисные отклонения означают резкий слом привычных регуляторов, резкое отклонение от намеченных долгосрочных целей, конституционных целей и национальных целей, которые определены в Указах Президента Российской Федерации 2018 и 2021 годов: в первом случае 12 целей, во втором – 5. Это нужно помнить. Кризисные ситуации отличаются тем, что они сбивают темп развития, побуждают правовую систему существенно менять свои регуляторы, когда на передний план явно выходят административно-правовые или даже уголовно-правовые. Меняется расстановка государственных органов, видоизменяются их функции: какие-то приостанавливаются, выполняются в меньшем объеме, где-то, наоборот, усиливаются, где нет других компетенций или функций (я различаю эти понятия: компетенция и функция). Поэтому изучение этих ситуаций – это попытка спрятаться от них или дожидаться каких-то спасительных рецептов, например, цифровизации (она сама по себе ничего не спасет: это лишь один из инструментов). Я делал вывод и в докладе, и здесь, в моих первых главах: отклонение, кризисные ситуации – это естественный процесс развития, они были, есть и будут в разном объеме, в разные сроки, с разной продолжительностью. Сегодняшний этап перекрестил все эти кризисные ситуации и привел к их переплетению: пандемия, экономический кризис, техногенная катастрофа, политические кризисы вплоть до военного противостояния. Мы как ученые, являясь участниками и свидетелями, должны внимательно изучать ситуацию с помощью мониторинга благодаря цифровизации.

– Почему, на Ваш взгляд, исследователи почти никогда не обращаются при написании своих работ к правовому опыту римского публичного права? Частное право постоянно цивилисты используют. Одна книга вышла за все время – книга профессора Кофанова, он руководит центром римского права, а больше, наверное, никто ничего в этом направлении и не исследует.

– Да, это верное и точное наблюдение, я к себе это тоже отнесу. Меня больше захлестнули те события, о которых писалось в первой книге «Публичное право», 1974 год, вторая книга 2009 года... Мне интереснее, что будет завтра-послезавтра. Почему другие не действуют? Потому что, в принципе, конечно, историческая наука на это выходила очень сдержанно, не очень различают и другое. Те, кто писал работы и учебники по римскому праву, могли этого касаться в той мере, насколько полагается целесообразным. Это историки-профессора московского юридического факультета в основном, где я еще учился. Сейчас уже много поколений историков появилось, молодых в том числе. Почему они этого не делают? Ну что же, наверное, у них такое же упущение, как у меня. Но что мы больше берем последние 2-3 года, конечно, – это мы стали больше брать из опыта России в сфере публичного права из истории. Очень полезный опыт Петра по переустройству административного деления, системы управления, по формированию постоянного войска, по системе налогов и так далее.

– Сейчас, как мне, по крайней мере, кажется, есть перекося в сторону частного права, превыше всего ставится личность и ее права, в противовес интересам общества, коллектива. В целом, в публичном праве наиболее соответствует такому правовому курсу идеи Морриса Ориу, идеи корпоративного государства. Он, французский юрист, написал книгу «Публичное право», оказавшую ключевое влияние на развитие концепции буржуазного государства с позиций права. Как Вы относитесь к этой теории корпоративного государства? Получается, что новая номенклатура научных специальностей к этому потихоньку нас ведет: в цивилистические науки включили трудовое право, а оно всегда было публичным.

– Корпоративное государство практически создал Муссолини в 20-30-х годах. Я думаю, что здесь причина другая. В советские годы – я это на себе испытал – трудовое право у нас было по значимости намного выше гражданского права, это патернализм государства: оно помогает и поддерживает, ваши права защищены, профсоюз вас всегда понимает и так далее. После распада Союза произошла обратная рокировка: трудовое право

упало, оно только сейчас разворачивается применительно к проблеме гибкого регулирования рынка труда. Это, кстати, хорошо делается и в Высшей Школе Экономики, там есть очень хороший центр Владимира Гимпельсона на эту тему. Здесь рокировка отражает перемены курсов и разные этапы развития государства и права. Это было естественно. Корпоративность сегодня в таком виде мне не представляется, потому что я из тех, кто занимается публичным правом за границей, выбираю работы Юргена Хабермаса, у которого последние работы показали мне как автору, что здесь очень много зависит от слияния государства и общества. В последней своей работе, которая называется «Изменение структуры публичной сферы», он показывал, что публичная сфера – это не только органы (кстати, Запад не любит описывать органы, в отличие от нас), но и средства массовой информации, и регуляторы виртуального пространства, которые способны влиять на поведение людей. Здесь пошла не столько структуризация, сколько некоторое замыывание. Акцент я вижу именно в этом. У меня есть книга, которую я привез с конгресса, – в 2006 году я был на конгрессе международной Академии сравнительного права, я там много лет член-корреспондент. Книга называется «The emergence of global administrative law». Ничего подобного у административного права страны нет. Это попытка американских ученых показать, что меняется управление мировыми процессами. Здесь, как они говорят, суперкорпорации и международные объединения типа ВТО, ВОЗ, МОТ, ЮНЕСКО в меньшей степени, конечно, – вот кто управляет мировыми процессами! Они здесь ошиблись немного, государство не ушло из поля зрения. А что они сломали? Они сказали: национальные институты (парламентские, муниципальные, судебные) теряют всякий смысл, международное право обветшало, нужно от него отказаться. А что взамен? А вместо этого будет global administrative law. Эта позиция получила за эти годы хорошее практическое подтверждение, горькое, к сожалению, со слезами. Так оно и получается. Я последний год выдвигаю такое понятие, как «право силы».

– То есть Вы, как Бенедикт Спиноза? Он же тоже говорил, что право каждого простирается настолько далеко, насколько далеко простирается его власть.

– Это было и у Ленина. Понятно, что право – это аппарат, способный принуждать.

– Это Вы и про частное право говорите?

– Здесь про право в целом. Сейчас, конечно, я считаю, что вот это право силы.

– Получается, что в публичном праве «право силы» – реальное, физическое: армия, полиция, – а в частном праве Вы имеете в виду экономическую силу подавления?

– Нет-нет. Здесь оба рукава права сливаются воедино. Примеры сегодняшние приводить не буду, по типу газопровода, но приведу другой. Здесь возникает такая обязательная сила давления – императив принуждения, давления. Какого? Идеологического, информационного, экономического, социального, через медиа, и, конечно, принуждение через военное противостояние. Это намного шире, чем то, что раньше отмечалось Спинозой, Лениным и даже в последние десятилетия, конечно. Смысл в том, что сила может иметь разное выражение и качество.

– Как раз по поводу Ленина: Вы, получается, не продолжаете свои исследования в марксистско-ленинском методологическом ключе... Разве Ленин не был прав, что парламентами руководят монополии, что право становится инструментом финансового капитала для реализации своей политики... В этом отношении в его учении есть рациональное зерно?

– Меня очень огорчало, что, как только Союз стал распадаться, а я как первый замдиректора института участвовал во всех переговорах и с республиками, которые выходили, и во всех заседаниях, мы оформляли процессы выхода республик. Так что все это я пережил. Дело в том, что сразу, как только Союз стал качаться (это 1989-1991 года, особенно ощутимо), я был на Украине, когда шли весной в конце 90-го, в начале 91-го года конференции, и Украина тоже начинала переме-

щаться и даже высказывать предложения перейти к федерализации Украины не москвичами, а украинцы сами это пытались обсуждать, пять элементов федерации и так далее. К сожалению, Ленина настолько зло высмеяли и унизили, и мне даже хочется сказать: одним из тех, кто старался это сделать, был некий Волкогонов, который работал в Политуправлении министерства обороны, который выпустил книгу о Ленине, где на обложке – лицо Ленина, которое сломлено инсультom. Это безжалостно! Все люди, особенно молодые, посмотрев на решетки, поняли – это тюрьма народов. Причем три четверти того, что



**У ЭНГЕЛЬСА БЫЛА ХОРОШАЯ
ФОРМУЛА В РАБОТЕ
«АНТИДЮРИНГ». ТАМ ЕСТЬ
ГЛАВА «ОЧЕРК ТЕОРИИ»:
И КОГДА ГОСУДАРСТВО
ИСЧЕРПАЕТ СВОИ
КЛАССОВЫЕ ФУНКЦИИ,
НА МЕСТО УПРАВЛЕНИЯ
ЛЮДЬМИ ПРИДЕТ
УПРАВЛЕНИЕ ВЕЩАМИ**

приписывается Ленину, делал Троцкий, который был очень весомым в те годы. У Ленина было очень много умных предположений, причем класс управления страной у него был такой, какой сейчас не достигнут во многих странах. Ведь он сначала считал, что нужно сделать так, как советовал Маркс и Энгельс, – сломать государственный аппарат, строить новый. 1917 год, осень: и сразу через год становится ясным, что нужно создавать не только государственный аппарат, но и использовать экономические рычаги: бан-

ки, железные дороги, об этом он мельком пишет в «Государство и революция». Более того, он сразу предлагает принимать ГОЭЛРО, план электрификации всей страны. Это же было тогда, что сейчас – цифровизация, по аналогии.

– Коммунизм – это советская власть плюс электрификация всей страны, да.

– Точно. А затем он предлагает новую экономическую политику, что сразу пошло в сторону. Вот стратегия управления. И, кстати, Пастернак: он никогда не был горящим союзником советской власти ни до, ни после. В 20-м году на VIII съезде советов утверждается план ГОЭЛРО. Он был приглашен в качестве гостя, съезд проходил в Большом театре. На основе ощущений, которые Пастернак вынес, он написал большое

стихотворение, я помню один абзац. Его ошеломило ожидание зала перед выходом Ленина – он уже был чем-то сакральным: «Он управлял течением мысли и только потому – страной». Если бы не пуля этой мерзавки Каплан, он бы прожил долго.

– А Сталин, на Ваш взгляд, мощный теоретик?

– Теоретик? Я думаю, где-то он хорошо систематизировал работы основоположников. Он, судя по всему, довольно охотно и много читал, потому что его знаменитый краткий курс истории партии, который не нужно оплевывать, ведь он шлифовал текст: язык этого произведения лаконичный и точный.

– Он же принимал участие в редакции учебника по политэкономии Островитянова, сохранилась запись его беседы.

– Ну вот, видите, как. Он писал краткий курс. Керенский был председателем Временного Правительства, советская власть его свергала. А о Керенском тогда писали, что это был мерзавец, политическая проститутка, что он вилял туда-сюда и так далее. А как Сталин охарактеризовал его метафорой? «Керенский бежал, переодевшись в женское платье». Все. Унизил.

– Он потом дожил до 1970-го года в США и как раз в интервью просил: «Вы скажите им, что я не был в платье, не был!».

– Пусть метафора придумана, она была сделана блестяще. Сталин, как мне кажется, хорошо сформулировал, четко, – это его стиль. Четыре черты диалектики, ведь диалектику сегодня тоже нужно знать, хотя бы две-три черты. Я тоже где-то недавно это писал. Это было и у Энгельса в «Диалектике природы», а у Сталина это уже четко. Единство и борьба противоположностей, переход количества в качество, отрицание отрицания. Так что теоретиком он, конечно, был в той мере, в какой ему позволяла ситуация, он должен был реагировать на окружение со всех сторон, он гибко принимал решения – это признавали и военачальники все, тот же Жуков, конечно. Окончательное слово за операциями принадлежало ему, а это о чем-то говорит. Он в памяти держал фамилии начальников корпусов, дивизий – я не говорю уже о фронтах и армии. Он участвовал в принятии каких-то образцов вооружения, были описания, что

еще во время финской войны, где наших перебили очень много, ему привезли какой-то пулемет без щитка. Он лег на ковер, говорит: «А щитка-то нет, чтобы закрыться, надо побольше сделать!». Но у него была теория такая: сначала государство отомрет по мере того, как исчезнут все противоречия. У Энгельса была хорошая формула в работе «Антидюринг». Там есть глава «Очерк теории»: и когда государство исчерпает свои классовые функции, на место управления людьми придет управление вещами. Я эту формулу использовал в последних своих книгах и статьях, и когда я кого-то спрашиваю: «Раскройте мне эту формулу», никто не раскрывает. «Управление вещами... Это интернет-магазины?» – говорят цепкие люди. Нет, ребята. Манифест был написан в 1848 году. Там было предсказание: вместо государства будет всеобщая ассоциация людей, где свободное развитие каждого – либерализм – будет условием свободного развития всех. Либерализм! Никто же не говорит, не читает: «Ну как! Нет там никакого либерализма, марксизм – это фу!». На последнем форуме, я упомянул, была позиция Председателя Правительства о том, что нужно обеспечить экономический суверенитет, Шохин скорректировал, что нужен технологический суверенитет, я бы сейчас попутно сказал, наверное, – правовой суверенитет, тем более что об этом у меня уже были какие-то размышления. Но сейчас здесь возникает потребность очень внимательно разобратся в том, что происходит: совершенно разнообразная объективная закономерность, причем не только природы (сама природа имеет субъективные закономерности, как говорил Гиппократ: вода, земля, воздух, огонь, но и закономерности, созданные людьми: юридические законы – это закономерность юридическая, конечно. Я говорю, что есть закономерность плохая – императив принуждения, он то больше, то меньше. Закономерность – она не уходит никуда: и Иван Грозный, и Наполеон, и Гитлер, и Сталин, и так далее. Второе – религия. Я оценил это объективно, поскольку сам являюсь атеистом: конечно, закон божий, несмотря на неполное его соблюдение, это тоже объективная закономерность для верующих. Мне сын сказал, что патриархат принял решение о соблюдении законодательства и умении находить согласие с властями – такое постановление лет десять назад принято. А императив обычаев

и традиций? Один из моих партнеров говорит, что живет в одной национальной республике России. Я говорю, есть ли объективная сила действия национальных традиций и обычаев? Конечно, есть, отвечает он. У меня эта книга называется «Право: традиции и новые повороты». Сила традиций и обычаев объективно действует, как автомат, поэтому получается: 5-6 объективных и 5-6 созданных людьми, тоже объективно действующих закономерностей. Теперь – как они пересекаются. Это вопрос науки, которая пока в это не влезла. Поэтому и цифровизация воспринимается немалой частью людей как спасительная палочка. Нет, она в этой ситуации ничего не спасет. Она способна на мониторинг, быстрый сбор информации, работу с широким набором данных, но прогностические решения должны принимать люди из структуры. Юридическая наука – междотраслевая, развивающаяся на фоне предыдущего, новых цифровых реалий и критических ситуаций, – должна шире использовать тот научный инструментарий, который создавался отчасти в 70-х годах.

– Еще вопрос про Вашу книгу «Управленческое решение»: получается, она основа на теории деционизма, теории решения.

– Making decision.

– Хотелось спросить, какое соотношение между Вашей работой и работой Карла Шмитта? У него тоже была эта теория решений.

– Это не Карл Шмитт, а теорию решения больше создал Герберт Саймон, американский профессор, 50-60-е годы.

– А к Шмитту это не имеет отношения?

– Нет, имеет, наверное, однако моя работа с его работой не коррелирует. Герберт Саймон в советские годы был недоступен, когда я писал свое «Управленческое решение», мне в этот период попался отрывок человека, который меня критиковал за мой подход в моей книжке, еще в рукописи, конечно. Он сказал: «Вот, Герберт Саймон – автор, которого тебе нужно прочитать». И я посмотрел какой-то отрывок его статьи, потом – что-то больше. В общем, повлиять на меня сильно оно не могло, меня выручило вот что: поскольку я сильно связывал с практикой всегда, готовил локальные акты для предприятия, для райисполкома, облис-

полкома... Я прошел всю эту школу, испытал принятие решения на разных уровнях.

– И получается, что основа книги – эмпирическая?

– Во многом – да, я с этого начинал. Поскольку я участвовал в академии наук в разработке прогнозов, я как замдиректора работал над правовым обеспечением ОГАС. Саймон пришел ко мне позже: недавно вытащил его статью, он управленческое решение понимал шире, чем я. Та книга описана все-таки юристом под флагом детерминизма. Объективные законы мы знаем – 1971 год, субъективный фактор в стороне. У Саймона в 60-70-е годы ролевые функции, теория игр, административное поведение – о чем я вел свои последние работы лет 10-15, без Саймона, просто нутром понял, что это нужно сделать. Скорее, это был акцент making decision – делание решения, принятие, а мне пришлось в силу практики создавать еще концепцию реализации правоприменения, которая имела юридический смысл. Кстати, в РАНХиГС в рамках того центра прикладных исследований, что я сказал, мы инициативно подготовили проект-закон под руководством Южакова: «Обеспечение качества государственного управления». Брошюрка, инициативный проект закона.

– Кто был Вашим научным руководителем по диссертациям, кандидатской и докторской? На кого старались равняться как исследователю?

– По докторской – никто, а по кандидатской был Виктор Фомич Коток в Институте государства и права, заведовал сектором государственного права, куда входило нынешнее конституционное право, советское, соцстран и буржуазное, административное право. Потом выделяется административное право в том институте в 50-60-е годы. Потом выделяется сектор Туманова Владимира Александровича. Сектор буржуазного государства и права, сектор соцстран. Потом Чиркин, сектор развивающихся стран. Коток был руководителем по кандидатской диссертации, именно он во время завершения аспирантуры организовал нам сеанс одновременной игры с гроссмейстером Бронштейном, который был третьим шахматистом в стране, а у нас советская шахматная школа была потрясающей силы и ценилась на мировой арене. С подачи научного руководителя я



выиграл эту партию у Бронштейна единственный из 18 досок. А тогда институт государства и права сидел там, где он и сейчас сидит, – на Знаменке, а верхний этаж занимал институт этнографии, их было всего человек 40, они ходили редко. Руководитель мне помогал, поддержал тему, я взял конкретную – «Правовое управление большими городами». Я перед диссертацией объездил шесть городов.

– Во время ковидных ограничений Вы были дома. Нельзя было посещать вузы, и сейчас Вы дома. Коммуникация со студентами ухудшилась? Как вы вообще относитесь к онлайн-образованию?

– Я для Юридической Академии выступал на конференции, где присутствовали студенты в режиме «громкая связь». Есть такая российская ассоциация административистов, она сейчас лежит на плечах Зубарева. Со студентами общение было не такое, конечно. Разумеется, на публичные лекции я не выхожу, пока режим существует. Одна студентка приходила, я ей предложил провести анализ динамики правового сознания юриста, она по моей схеме сделала это все, она кончает

бакалавриат, ей 21 год. Так что со студентами общение ограниченное сейчас, но общение меня радует всегда, потому что «Группа тринадцать» начинала с 25 лет. Если есть возможность с ребятами для меня общаться – это большая радость. В Высшей Школе Экономики создан клуб инициативный, студенческий – «Публичное право», они сами это придумали. Но потом я им сделал одно вводное посвящение.

– Скажите, пожалуйста, как Вы сейчас оцениваете нынешнюю подготовку студентов? Она лучше, хуже советской? Согласны ли Вы с утверждением что раньше студенты учились и подрабатывали, а сейчас – работают и подучиваются? И, соответственно, какая тогда наука?

– Абсолютно точно.

– Получается, профанация образования?

– У нас и в науке таких кандидатов много: работают в научном центре, еще в двух местах подрабатывают, поэтому, когда я говорю: «Вы видели последнее постановление Правительства об электронном взаимодействии?» или: «Вы читали последнюю книгу кого-то?», – не в теме. Я же

провожу секцию ученого совета, идут плавные работы, и я всех спрашиваю: «Дайте мне новые выводы ваши! А какую литературу использовали?», а мне отвечают: «Наш институт использует преимущественно тексты действующих актов: акты изменить, дополнить, отменить». – Я говорю: «Простите, а где наука? Вариативное мышление? Где научные концепции, варианты решения проблем?». Ответы дают односложные. Обучение идет на рывках! Ко мне приходит одна студентка: «Ну, разумеется, преподаватели не скрывают передо мной: либо талдычат собственные учебники, либо пересказывают какие-то тексты». Акты нужно читать самому дома или где ты хочешь, на экране, в книге, в кодексах; литературу, хоть немножко, нужно знать – пробеги глазами хотя бы наш «Журнал российского права». Хороший журнал, конечно. Журнал государства и права ИГПАН тоже хороший, там у меня, кстати, выходит новая статья, резкая такая, в июле. Журнал «Вестник» – чисто цивилистический, они не пускают туда никого, это не очень хорошо, это какой-то устаревший взгляд. Конечно, нужно хоть что-то читать, читают мало: и преподаватели, и научные работники тем более. Студенты вообще почти ничего не читают – читают аспиранты. Завтра защита диссертаций, я сижу на диссертационном совете и могу предположить, сколько у меня диссертаций и докторских тоже. Это беда! Нечитающий человек – это не ученый, это не юрист – вот мой афоризм.

– В одном из интервью Вы сказали, что Вы позитивист, нормативист, хотя сейчас в юридической тусовке это скорее такой ярлык. Получается, Вы примыкаете к классической позитивистской школе с Бенхамом, Остином или Вы ближе к неопозитивистам, вроде Кельзена?

– Я думаю, что не стал бы разделять: и тех, и тех все-таки принимаю, потому что неопозитивизм я сейчас тоже превзошел. Я тоже долгие годы сидел на определении права, которое было дано в 1938 году на Всесоюзном совещании по юридической науке, в докладе Вышинского, который в те годы был большой фигурой: право есть воля господствующего класса, то есть советского народа, возведенная в закон и является совокупностью норм. Совокупность норм! Позитивизм. В далекие годы, когда я был молодой, в аспирантуре Инсти-

тута государства и права я слушал выступления профессоров (Кечекьяна, Федькина), которые писали, что право – это норма плюс правоотношения. А я добавляю к этому правосознание и правопонимание – все начинается с головы, и совсем не по той формуле, что сначала было слово, хотя, наверное, это правильно, конечно. Еще правовые регуляторы, правовые принципы, может быть, правовые отношения (но они могут быть другими, произвольными), но только правосознание создает право, которое угодно и выгодно власти, правящей группе и всему населению в целом.

”

У НАС И В НАУКЕ ТАКИХ КАНДИДАТОВ МНОГО: РАБОТАЮТ В НАУЧНОМ ЦЕНТРЕ, ЕЩЕ В ДВУХ МЕСТАХ ПОДРАБАТЫВАЮТ, ПОЭТОМУ, КОГДА Я ГОВОРЮ: «ВЫ ВИДЕЛИ ПОСЛЕДНЕЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРАВИТЕЛЬСТВА ОБ ЭЛЕКТРОННОМ ВЗАИМОДЕЙСТВИИ?» ИЛИ: «ВЫ ЧИТАЛИ ПОСЛЕДНЮЮ КНИГУ КОГО-ТО?», – НЕ В ТЕМЕ. ОТВЕТЫ ДАЮТ ОДНОСЛОЖНЫЕ. ОБУЧЕНИЕ ИДЕТ НА РЫВКАХ!

– Как обычно проходит Ваш рабочий день?

– Хорошо! Голова у меня работает 25 часов в сутки, я кончил школу весьма со средними оценками, учился на юрфаке со всеми отличными оценками, и дальше меня это понесло. Кстати, я шел подавать заявление после школы не на юрфак!

– И Вы хотели на физмат. А Вас позвали: «У нас тут криминалистикой занимаются, иди к нам!» – я читал это интервью.

– Меня отец отправил на физтех, и это был бы крест сразу. У меня товарищ как раз: «Юра, пойдем, у нас тут пиф-паф, погоня!». В общем, день сейчас такой: я все годы и сейчас делаю зарядку.

– У меня вопрос к Вам, я все подвожу. Вам 91 год, в чем секрет Вашего долголетия? Как Вы такую имеете сноровку, такое здоровье?

– 91 будет еще через месяц, не торопите события! Хорошо! Ну вот, слушайте: все годы делаю зарядку, и сейчас, когда мне трудно, конечно. В молодые годы берегите глаза и все остальное – сейчас быстрее человек развалится, чем в мои годы. Брюхо у молодых растет: барышня или парень идет, лет двадцати пяти, и я чувствую – им тяжело. Ну так нельзя! Все годы делал зарядку, играл активно в футбол и хоккей, у меня были разряды. Сейчас футбол даже не смотрю, хотя раньше любил и всегда болел за «Спартак», с 45-го года могу все их матчи назвать. И так, зарядка. Второе – я стараюсь держать питание, ем достаточно мало мяса, сейчас на него мода, конечно. Живу один, поэтому и готовить много не приходится. Я, как Робинзон Крузо, но Пятницы нет! Я очень люблю театр, я театрал, и вот последний мой выход был только два года назад из-за этого проклятого карантина, как раз в декабре 19-го года после Сенатских чтений в Петербурге. Пошел в театр Вахтангова – мой любимый театр. Я, кстати, жил на Арбате 50 с лишним лет.

– Почему переехали?

– Развод. Что теперь у меня остается? Хотя тут мои близкие: «Давай мы тебя вытащим на спектакль!», но не всегда получается. Силы уже и выносливость другие немножко. У меня аритмия – что мне вообще мешает. Утром – 160, а потом – 105 пульс. Вот сегодня, кстати, так оно и было примерно утром, и я вышел пройтись в зоне досягаемости, съел шоколада кусочек – он выручает меня. Смотрю внимательно программу «Культура». Первая программа – официальная, я в интернете все читаю. Сейчас рассмешу тем, чего Вы не ожидаете. Программу «Культура» я смотрю жадно, потом есть программа с историческими, научно-познавательными и дискуссионными обсуждениями. Моя Высшая Школа Экономики любимая где-то иногда без четверти девять до полдесятого устраивает хорошие обсуждения: что такое Вебер для современного человека? Как пример. Почему немцы считали, что чиновник – это главная сила Ливенского государства? Мне интересно. Я очень люблю общение: в мужских компаниях я не являюсь лидером, я мало ем и мало выпиваю

по своей конструкции, сейчас алкоголь стараюсь вообще пропускать. Был на даче у друзей – пригубил полрюмки вина. Я никогда много и не кушал, не любил много мяса. Я кушаю творог и любые каши, приучен мамой с Арбата. Завтрак – творог каждый день.

– Вы за свою жизнь, наверное, тысячи книг прочитали. Какие книги Вы бы посоветовали каждому нашему читателю?

– Из литературы общей трудно сказать: сегодняшнее поколение совсем другое. Что им сейчас будет интересно? Например, все дети последних лет пропустили период сказок и приключенческих вещей, а Ваши читатели – взрослые и иногда женатые люди. Робинзоны Крузо для них или Гекльберри Финны, Джек Лондон... Или Бальзака посоветовать? Мне вот сейчас говорит правнучка, ей 24: «Ну что ты, дед, разве сейчас это интересно!». Из цивилистики надо знать хорошо Братуса и Брагинского. Книжка «Договорное право» Брагинского и Витрянского всем известна, но кто ее читал от корки до корки? Таких, увы, мало. Я думаю, что из такой старой классики – это наиболее удачная вещь. По теории права – бесспорно, Мальцев. Чтобы Вы знали, теоретики права, что сейчас работают в разных вузах, они очень сдержанно относились и даже ядовито, когда я начинал работу с «Группой тринадцать». Я ломал традиционные теории права: нормы, правоотношения, юридические факты – это инструменты, которые уже прошли. Многотомник под редакцией Мальцева Геннадия Васильевича, изданный в МГУ, и его же «Основание права». Многотомник хороший не потому, что я в нем участвовал, а потому что он уникальный. Наши «Научные концепции законодательства» – книга была издана, цена у нее большая, но там и то, и то есть. Что Высшая Школа издавала, когда я работал в этом центре? У нас вышла книжка – «Правовые акты: анализ последствий», издана в 2010 году, сейчас готовлю новую. Главное, что могу сказать – чтение дарит нам свободу. Читайте интересные книги, на неинтересные не стоит тратить время. Важно ведь даже не то, сколько книг вы прочитаете, а то, сколько прочитанных книг изменят ваш взгляд на мир, мир в широком смысле, не только мир права, хотя это и очень богатый мир. ■



УДК 342.72/.73

Лебедь Павел Александрович
(pv-lebed@yandex.ru)

Студент 2 курса бакалавриата
Высшей школы правоведения
ИГСУ РАНХиГС

Pavel Lebed

2nd-year student of bachelor program
of the RANEPa IPACS
Higher school of law

Научный руководитель:

Трошинский Павел
Владимирович

Ведущий научный сотрудник
ИДВ РАН, к.ю.н.

Academic supervisor:

Pavel Troshchinskiy

Leading researcher of IFES RAS,
PhD (Law)

НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ РОЖДАЕМОСТИ В КНР

LEGAL REGULATION OF THE FERTILITY IN THE PRC

АННОТАЦИЯ: В данной статье проводится исторический анализ нормативно-правового регулирования рождаемости в Китае – одном из основных иностранных партнеров России на текущий момент – от постоянно меняющейся демографической политики в период Культурной революции до объявленной в 1979 году Политики рождаемости, на текущий момент позволяющей гражданам Китая и поощряющей их иметь уже до трех детей. Нормативно-правовое регулирование рождаемости – одна из важных отличительных особенностей китайского права в целом, изучение которой позволит российским специалистам более глубоко понять правовую культуру Китая.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: КНР, право Китая, правовое регулирование, политика планирования рождаемости, социализм с китайской спецификой.

ANNOTATION: This article provides a historical analysis of the birth rate regulation in China – one of Russia's main foreign partners at the moment – from the constantly changing demographic policy during the Cultural Revolution to the birth rate policy announced in 1979, which currently allows Chinese citizens and encourages them to have up to three children. Legal regulation of the birth rate is one of the important distinguishing features of Chinese law in general, the study of which will allow Russian specialists to understand the legal culture of China deeper and better.

KEYWORDS: PRC, Chinese law, legal regulation, birth planning policy, socialism with Chinese characteristics.

В западной юридической науке в целом и в российской в частности семейно-правовые отношения принято относить к частному праву. Современный Китай, следуя идеям традиционного китайского права и политике социализма с китайской спецификой (中国特色社会主义), разработанной основоположником китайских реформ Дэн Сяопином (邓小平), частично переводит семейные отношения в публично-правовую область, вырабатывая государственную политику рождаемости, регулирующую количество детей в семье и включаемую в пятилетние государственные планы. Разумеется, сама по себе демографическая политика (обычно состоящая в государственных или муниципальных дотациях многодетным семьям или иных схожих льготах) свойственна многим странам, однако на текущий момент КНР – уникальный случай законодательного ограничения количества детей в семье, что делает данный вопрос интересным для изучения не только с правовой, но и, например, с социальной точки зрения.

Традиционная позиция китайских ученых и правотворцев сводится к тому, что политика планирования семьи как государственная политика представляет собой общественный интерес, сосредоточенный на национальных интересах, и ее цель состоит в обеспечении быстрого развития национальной политики, экономики и культуры, поэтому отдельные лица или семьи должны пожертвовать некоторыми правами

и свободами для поддержания баланса между общей численностью населения и общим количеством ресурсов¹.

Нормативно-правовое регулирование политики рождаемости проводится через Конституцию КНР, Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости», «Некоторые положения по работе по обслуживанию и управлению планированием семьи мигрирующего населения», «Положение Народно-освободительной Армии Китая о планировании семьи» и другие законы, подзаконные акты и партийные документы Коммунистической Партии Китая (КПК), которые являются важным элементом китайского права и обладают юридической силой наравне с государственной системой законодательства.

Согласно Закону КНР «О народонаселении и планировании рождаемости» планирование семьи и деторождения является базовой политикой государства² и относится к руководящим принципам по регулированию репродуктивного поведения пар детородного возраста, сформулированным государством.

Текущее нормативно-правовое регулирование Китая в области деторождения заключается преимущественно в поощрении государством граждан поздно вступать в брак, рожать и иметь троих детей.

Конкретные меры формулируются собраниями народных представителей провинций, автономных районов и городов центрального подчинения или их постоянными комитетами в соответствии с местным уровнем экономического и культурного развития и демографической ситуацией в регионе. Меры по осуществлению планирования

семьи национальными меньшинствами разрабатываются собраниями народных представителей провинций, автономных районов и городов федерального значения или их постоянными комитетами отдельно. В качестве важного факта следует заметить, что в КНР 56 народностей, из которых 55 относятся к национальным меньшинствам, так как ханьцы (汉族) представляют, согласно переписи населения 2020 года, 91,11% населения КНР, в то время как на остальные народности приходится всего лишь 8,89%³.

Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости» узаконивает и систематизирует действующую политику рождаемости, определяемую государством, и является юридической базой проведения этой политики в жизнь.

Необходимость нормативно-правового регулирования планирования рождаемости обусловлена многими историческими, культурными, экономическими и социальными факторами, которые складывались на протяжении всей истории существования Китайской Народной Республики и даже

в определенной мере Китая как исторического культурного региона.

Условно формирования китайского подхода к правовому регулированию планирования семьи можно разделить на несколько этапов.

Этап первый: 1949–1976 годы – основание КНР и «Культурная революция»

После первой переписи населения КНР в 1953 году тогдашнее руководство Китая

ТЕКУЩЕЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КИТАЯ В ОБЛАСТИ ДЕТОРОЖДЕНИЯ ЗАКЛЮЧАЕТСЯ ПРЕИМУЩЕСТВЕННО В ПООЩРЕНИИ ГОСУДАРСТВОМ ГРАЖДАН ПОЗДНО ВСТУПАТЬ В БРАК, РОЖАТЬ И ИМЕТЬ ТРОИХ ДЕТЕЙ

¹ 张翼. 中国人口控制政策的历史变化与改革趋势 (广州大学学报(社会科学版) 第5卷第8期2006年8月) – Чжан И. Историческая тенденция изменений и реформ в политике рождаемости в Китае // Издание общественных наук Вестника Гуанчжоуского университета, том 5, выпуск 8. Гуанчжоу: 2006.

² 中华人民共和国人口与计划生育法 (2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过 根据2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国人口与计划生育法〉的决定》修正) – Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости» (принят на 25-й сессии ПК ВСНП 19-го созыва

29.12.2001, с поправками согласно Решению 18-й сессии ПК ВСНП 20-го созыва от 27.12.2015 «О внесении поправок в Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости»»). Новостное агентство «Синьхуа». Уполномоченное обозначение. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.xinhuanet.com/politics/2015-12/27/c_1117592201.htm (дата обращения 04.12.2021).

³ Википедия, свободная энциклопедия: Народы Китая. [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9D%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D1%8B_%D0%9A%D0%B8%D1%82%D0%B0%D1%8F (дата обращения 04.12.2021).

осознано давление роста населения. Первые шаги в нормативно-правовом регулировании планирования рождаемости сделало Министерство здравоохранения КНР, издав «Меры по контрацепции и искусственному аборту» (《避孕及人工流产办法》 1953 г.) и «Уведомление об искусственном аборте и стерилизации» (《关于人工流产及绝育手术的通知》 1956 г.), в которых разрешалась продажа противозачаточных средств на свободном рынке и улучшались медицинские методы проведения искусственного аборта. Всем населенным пунктам вменялось изменить практику непредоставления информации и открыть консультационные пункты по контрацепции⁴.

«Большой Скачок» (大跃进) и последовавший за ним «Великий голод» (三年自然灾害)⁵ изменили направление трансформации населения Китая. Увеличение коэффициента рождаемости в период восстановления, вызванное убылью населения, привело к увеличению рождаемости до 37,01‰ в 1962 г. и 43,37‰ в 1963 г. Это заставило руководство страны вновь обратить внимание на проблему роста населения. В декабре 1962 года Центральный Комитет Коммунистической партии Китая (ЦК КПК) и Государственный совет (Госссовет) издали «Инструкцию о серьезной пропаганде планирования семьи», требующую от партийных комитетов и правительств всех уровней включить работу в сфере народонаселения и планирования рождаемости в повестки своей работы и проводить регулярные обсуждения и проверки. Впоследствии под руководством парткома разделение труда и кооперация органов государственной власти показали отличные результаты в области пропаганды и просвещения, технического руководства, производства и снабжения лекарствами, научных исследований. В октябре 1963 г. Государственный совет созвал вторую Всекитайскую городскую рабочую конференцию, которая специально изучила

вопрос о планировании семьи, выдвинула цель сокращения самороста городского населения и потребовала от центральных и местных органов власти создать комитеты по планированию семьи, чтобы возглавить работу в этой области.

В январе 1964 года Госссовет созвал совещание руководителей профильных министерств, массовых организаций и Главного политического комитета Народно-освободительной армии для изучения вопроса о создании Комиссии Госссовета по планированию семьи. Из этого видно, что политика «принудительного контроля рождаемости и пропаганды» постепенно трансформируется в политику «планирования семьи», регулируемую государством.

«Планирование семьи» в начале 1960-х годов было, по сути, «рекламой противозачаточных средств и руководством по контролю над рождаемостью на основе услуг» аналогично планированию семьи в западных странах. Поэтому в «Инструкции по серьезной пропаганде планирования семьи» 1962 г. неоднократно подчеркивалось, что различным органам необходимо «строго предотвращать неправильные действия, такие как беспорядочное выдвижение лозунгов, развешивание ярлыков и соперничество», работать слаженно, согласованно двигаться к общей цели, продвигая четко проработанные социальные программы поддержки малодетных семей⁶.

В 1970 году, во время встречи главы Госссовета КНР Чжоу Эньлая (周恩来) с личным составом Военного контрольного комитета Министерства здравоохранения он подверг критике практику совмещения планирования семьи и оздоровительных кампаний. Он сказал: «Планирование семьи относится к сфере национального планирования, а не к вопросу здравоохранения. Вы даже не можете планировать население, так что же это за национальный план!»⁷.

⁴ Информация получена исключительно из ссылок на указанные документы в китайских научных статьях. Проверка данных и прямые ссылки не представляются возможными в связи с отсутствием поименованных документов в открытом доступе.

⁵ Экономическая и политическая кампания в Китае с 1958 по 1960 год, нацеленная на укрепление индустриальной базы и резкий подъем экономики страны и имевшая трагические последствия для китайского народа. В это время Китай представлял собой на 90% аграрную страну, которой была остро необходима модернизация. Мао Цзэдун обосновывал политику Большого скачка при помощи марксистской теории производительных сил, однако его попытка усилить экономический рост путем резкой коллективизации и подменить профессионализм энтузиазмом, а также неверные решения в области сельского хозяйства обернулись катастрофой: следствием Большого скачка стала смерть от 20 до 40 миллионов человек, и это сделало его крупнейшей социальной катастрофой XX века.

张翼. 中国人口控制政策的历史变化与改革趋势 (广州大学学报(社会科学版) 第5卷第8期2006年8月) – Чжан И. Историческая тенденция изменений и реформ в политике рождаемости в Китае // Издание общественных наук Вестника Гуанчжоуского университета, том 5, выпуск 8. Гуанчжоу: 2006.

⁶ Китайская экономическая сеть: Инструкция ЦК КПК и Государственного совета «По серьезной пропаганде планирования семьи» [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/szyw/200706/12/t20070612_11712313.shtml (дата обращения 05.02.2022).

⁷ 孙沐寒. 中国计划生育史. 长春: 北方妇女儿童出版社, 1990. – Сунь Мухань. История планирования семьи в Китае. Чанчунь: Женское и детское издательство «Север», 1990, с. 159.

План рождаемости был вписан в «Четвертый пятилетний план» (四五计划, 1971–1975), что ознаменовало официальное начало работы по планированию семьи в Китае, что впоследствии означало включение планов по демографическим показателям во все дальнейшие пятилетние планы. До этого политика контроля рождаемости представляла собой лишь искусственное ограничение рождаемости путем государственных поощрений и пропаганды в средствах массовой информации; после этого государство формулирует показатели, контролирует их выполнение и ограничивает число родов женщин детородного возраста. Не только в Министерстве здравоохранения, но и в других партийных и государственных органах вплоть до низших органов управления предприятий работа по планированию семьи позиционируется как повседневная. Таким образом, планирование семьи в Китае становится поистине всеобъемлющим и контролируется во всех возможных сферах, являясь важной сферой деятельности правительства и других государственных органов, чем сильно отличается от планирования семьи на Западе.

Этап второй: политика «Одна семья – один ребенок»

В 1979 году Дэн Сяопин предложил так называемую «Политику планирования рождаемости» (计划生育政策), которая позднее стала известна как политика «одна семья – один ребенок» (一孩政策/一胎政策). Суть данного предложения заключалась в том, что семьи обязывались иметь единственного ребенка и ограничивались в праве завести большее количество детей. Была введена система штрафов и поощрений. Была провозглашена цель данного нововведения – 1,2 миллиарда человек к 2000 году. В 1982 году положение о политике контроля рождаемости было внесено в новую (действующую) Конституцию КНР:

«Статья 25: Государство осуществляет планирование рождаемости, с тем чтобы привес-

ти в соответствие рост населения с планами экономического и социального развития.

Статья 49: Брак, семья, материнство и младенчество находятся под охраной государства. Супруги – муж и жена – обязаны осуществлять планирование рождаемости <...>⁸. Говоря о политике «одного ребенка», нельзя не вспомнить о знаменитом, прогремевшем на весь мир судебном решении в отношении Чжан Имоу (张艺谋), одного из величайших китайских режиссеров. В 2014 году он и его супруга актриса Чэнь Тин (陈婷) были оштрафованы за «чрезмерную рождаемость и злостное нарушение политики «одна семья – один ребенок»». У звездных супругов было целых семь детей, что серьезно сказалось на местной системе социального обеспечения, и, хотя он официально признавал отцовство лишь над тремя из них, это уже было достаточным основанием для судебного разбирательства. Дело Чжан Имоу было рассмотрено в народном суде, и ему был вменен штраф в размере 7,48 миллионов юаней (1,23 миллиона долларов США) – крупнейший штраф в истории Китая. Уточняется также, что сумма штрафа высчитывается на основании увеличенного в несколько раз годового дохода супругов в годы рождения детей, а общий доход Чжан Имоу в 2000-м, 2003-м и 2005-м годах составил более полумиллиона долларов, так как именно в эти годы вышли несколько его крупных работ – «Красный гаолян», «Герой» и «Дом летающих кинжалов» (《红高粱》、《英雄》、《十面埋伏》). Впоследствии дело Чжан Имоу вызвало очень масштабную общественную реакцию. Основной причиной недовольства многих граждан КНР стал тот факт, что политика «одна семья – один ребенок» не ограничивает в равной степени рождаемость всех слоев населения, но приводит к ситуации, когда «рожать можно только богатым». После шквала скандалов в прессе (которые в меньших масштабах продолжаются и до сих пор) и крупных народных недовольств дело Чжан Имоу стало прецедентом, на котором

⁸ Конституция КНР. Принята на 5-й сессии ВСНП V созыва 4.12.1982 г., поправки приняты на 1-й сессии ВСНП XIII созыва 11.03.2018 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://chinalaw.center/constitutional-law/china-constitution-revised-2018-russian/> (дата обращения 14.02.2022).



основывали свои последующие решения многие народные суды⁹.

Однако данная политика не была полностью и всесторонне реализована. В конкретном процессе реализации из-за различий в этнических группах, регионах, городских и сельских районах политика планирования семьи не реализуется в полной мере в соответствии с политикой «один ребенок», существует множество вариантов ее проведения в жизнь.

Так, например, в 1984 году ЦК КПК был принят Документ № 7, в котором провозглашалась установка реалистических целей – политика «открытия маленькой дыры для залатывания большой», то есть разрешение иметь второго ребенка для сельских жителей.

К сожалению, повсеместное применение политики единственного ребенка привело в

том числе и к негативным социальным последствиям – в связи с отсутствием братьев и сестер, а позднее дядь, тетей и других двоюродных родственников все внимание всех поколений семьи концентрировалось исключительно на единственном ребенке, что привело к формированию так называемого «я-поколения», когда единственный ребенок, привыкнув чувствовать себя центром мироздания, относится к жизни эгоцентрично. Членов этого поколения называют «маленькими императорами» (小皇帝), так как они с самого детства окружены всесторонней заботой в семье и достаточно легко получают практически все желаемое в связи с огромными объемами производства Китая и, как следствие, очень низкими ценами на практически любые товары внутри страны¹⁰.

⁹ ВЕСТИ.RU: Китайский режиссер будет оштрафован за многодетность на миллионы. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.vesti.ru/article/1794006> (дата обращения 14.03.2022).

The Epoch Times: Лу Чэнь. На знаменитого китайского режиссера Чжан Имоу наложен штраф \$1,23 за многодетность. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.epochtimes.ru/content/view/full/83178/4/> (дата обращения 14.03.2022).

独家娱乐. 张艺谋因超生被罚款748万, 演员恩惠, 真相背后隐藏着多少秘密? (Дуцянь Юйвэнь. Чжан Имоу оштрафован на 7,48 миллионов за превышение плановой рождаемости, любовь и ненависть к артисту, сколько тайн на самом деле он скрывает?). [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1672002718866811582&wfr=spider&for=pc> (дата обращения 14.03.2022).

Интернет-энциклопедия Байдю. 百科: 张艺谋超生事件 (Дело о превышении плановой рождаемости Чжан Имоу). [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baike.baidu.com/item/%E5%BC%A0%E8%89%BA%E8%B0%88%E8%B6%85%E7%94%9F%E4%BA%8B%E4%BB%B6/12622303?fromtitle=%E5%BC%A0%E8%89%BA%E8%B0%88%E8%A2%AB%E7%BD%9A748%E4%B8%87%E4%BA%8B%E4%BB%B6&fromid=12810077&fr=aladdin> (дата обращения 14.03.2022).

baike.baidu.com/item/%E5%BC%A0%E8%89%BA%E8%B0%88%E8%B6%85%E7%94%9F%E4%BA%8B%E4%BB%B6/12622303?fromtitle=%E5%BC%A0%E8%89%BA%E8%B0%88%E8%A2%AB%E7%BD%9A748%E4%B8%87%E4%BA%8B%E4%BB%B6&fromid=12810077&fr=aladdin (дата обращения 14.03.2022).

¹⁰ L. Cameron, N. Erkal, L. Gangadharan, and X. Meng. Little Emperors: Behavioral Impacts of China's One-Child Policy. Science, 10 January 2013 DOI: 10.1126/science.1230221. Monash University. «Effects of China's One Child Policy on its children.» ScienceDaily, 10 January 2013.

Ахтемова Л. Поколение «Я» в Китае // Жэньминьван – Официальное интернет-издание ЦК КПК [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://russian.people.com.cn/95181/8148971.html> (дата обращения 04.02.2022).

Этап третий: «Одна семья – два ребенка»

К необходимости разрешения и поощрения населения иметь двух детей руководство страны пришло раньше ожидаемых сроков. Еще в 2006 году ученые писали, что «примерно в 2020 году политика одного ребенка будет заменена планом двух детей»¹¹, однако описанная ситуация наступила значительно раньше.

Некоторые промежуточные итоги правового регулирования планирования семьи были подведены в Докладе 18-го съезда Коммунистической партии Китая (2012 г.), где было сказано, что так называемая «сбалансированная рождаемость» является наиболее осуществимым и наиболее справедливым выбором для достижения «долгосрочного сбалансированного развития населения»¹². Там же были приведены некоторые статистические данные, касающиеся баланса поколений в мире. Было указано, например, что в развитых странах баланс рождаемости от поколения к поколению составляет 2,17 единиц (ребенка на семью), а в развивающихся странах баланс рождаемости от поколения к поколению составляет 2,3 единицы. Китай является развивающейся страной, из чего был сделан вывод, что идеальный коэффициент рождаемости для населения КНР составит 2,3 единицы.

Данные переписи населения 2010 года показывают, что общий коэффициент рождаемости в 2010 году составил 1,18, из которых «в мегаполисах» – 0,88, «в городах» – 1,15, а «в сельской местности» – 1,44¹³. Для регулирования коэффициента рождаемости в Китае до 2,3 единиц реализуется политика рождаемости «鼓励二胎、

允许一胎、征税多胎和无胎» («поощрять двух детей, позволять иметь одного ребенка, облагать налогом многодетность и бездетность»), такой подход к нормативно-правовому регулированию планирования семьи представляется наиболее подходящим, так как он благоприятствует осуществлению «перехода от системы сборов и отчислений к системе налогов» в регулировании населения, существенно сокращает неналоговые поступления китайского правительства и улучшает имидж правительства. В то же время это также способствует

формированию «идеальной» структуры населения 普通二胎、中产三胎、少数多胎和少胎 («общеприняты два ребенка, в среднем классе три ребенка, национальные меньшинства многодетны или малодетны»), что способствует увеличению доли среднего класса.

В ноябре 2013 года третий пленум КПК 18-го созыва позволил «иметь двух детей, если каждый из родителей был единственным ребенком». Уже менее двух лет спустя в коммюнике пятого пленарного заседания ЦК

КПК 18 созыва от 29 октября 2015 г. сказано: «(необходимо) способствовать сбалансированному развитию населения, придерживаться основной национальной политики планирования семьи, постоянно совершенствовать стратегию развития населения, полностью реализовать политику «Одна пара – два ребенка», активно осуществлять меры реагирования на тенденцию демографического старения». Это означает, что 35-летняя политика одного ребенка в Китае официально подошла к концу.

Однако даже после принятия всех указанных изменений завести второго ребенка могла

В НОЯБРЕ 2013 ГОДА ТРЕТИЙ ПЛЕНУМ КПК 18-ГО СОЗЫВА ПОЗВОЛИЛ «ИМЕТЬ ДВУХ ДЕТЕЙ, ЕСЛИ КАЖДЫЙ ИЗ РОДИТЕЛЕЙ БЫЛ ЕДИНСТВЕННЫМ РЕБЕНКОМ».

ЭТО ОЗНАЧАЕТ, ЧТО 35-ЛЕТНЯЯ ПОЛИТИКА ОДНОГО РЕБЕНКА В КИТАЕ ОФИЦИАЛЬНО ПОДОШЛА К КОНЦУ

¹¹ 包蕾萍. 中国计划生育政策50年评估及未来方向. 社会科学 2009年第6期 (Бао Лэйпин. Оценка 50 лет политики рождаемости в Китае и будущих тенденций. Журнал «Социальные науки», 2009г. №6).

¹² [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://wenku.baidu.com/view/f41f18a20166f5335a8102d276a20029bc646304.html> (дата обращения 05.02.2022).

¹³ [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/rkpc/6rp/html/B0604a.htm> (дата обращения 04.12.2021).

не каждая семья, а лишь те семьи, которые соответствовали одному из следующих особых обстоятельств:

1. Единственный ребенок имеет негенетическую (ненаследуемую) инвалидность, выявленную и подтвержденную организацией медицинской экспертизы больных детей и детей-инвалидов городского уровня (не включая городов уездного уровня) и выше, и не может вырасти в нормальную рабочую силу;
2. Для пар, состоящих в повторном браке, если один супруг имел ребенка, а другой – нет; или оба супруга имели одного ребенка до повторного брака, и во время развода согласно решению суда или соглашению о расторжении брака установлено, что ребенок будет с бывшим супругом, таким образом, в новообразованной семье детей нет;
3. В случае если в течение пяти и более лет после брака в семье не было детей, медицинским учреждением уездного уровня или выше было диагностировано бесплодие, в соответствии с законом семьей был усыновлен ребенок, а затем супруга забеременела;
4. Брак двух единственных детей (единственного сына и единственной дочери);
5. Один из супругов продолжает работать в подземных рудниках или в море (на глубине) более пяти лет подряд;
6. Оба супруга относятся к сельскохозяйственному населению (крестьянству), а их первым ребенком является девочка¹⁴.

Отвечающие данным требованиям семьи должны были подать коллективную заявку от супружеской пары, утверждаемую исполнительным органом планирования семьи окружного уровня (от уездного уровня и выше), после чего таким семьям разрешалось в соответствии с местным демографическим планом запланировать рождение еще одного ребенка.

По результатам седьмой всеобщей переписи населения (2020 г.), благодаря регулированию политики рождаемости, количество «вторых детей» в стране достигло более 10 миллионов. Политика «повсеместного разрешения двух детей» дала положительные результаты. Судя по данным переписи, ситуация с рождаемостью имеет три характерные черты:

Во-первых, количество рождающегося населения велико. В 2016 и 2017 годах количество рождений в Китае резко увеличилось, превысив 18 миллионов и 17 миллионов соответственно, что на 2 миллиона и 1 миллион больше, чем до реализации политики «повсеместного разрешения двух детей». С 2018 года количество рождений снизилось. Предварительные результаты седьмой переписи показывают, что количество рождений в Китае в 2020 году составит 12 миллионов, что по-прежнему немало.

Во-вторых, высока доля «вторых детей». С точки зрения количества рождений с 2014 по 2017 годы доля «вторых детей» значительно увеличилась, примерно с 30% в 2013 году до примерно 50% в 2017 году. Хотя с тех пор она снизилась, она все еще остается выше 40%, за счет фактора регулирования политики рождаемости количество «вторых детей» в стране достигло более 10 миллионов.

В-третьих, снизился коэффициент рождаемости. Данные седьмой переписи показывают, что суммарный коэффициент рождаемости среди женщин детородного возраста в Китае в 2020 году составляет 1,3, что уже находится на относительно низком уровне. В основном это связано с уменьшением количества женщин детородного возраста и постепенным ослаблением эффекта «вторых детей». С точки зрения 2020 года эпидемиологическая ситуация, вызванная новой коронавирусной пневмонией, увеличила неопределенность жизни и тревожность по поводу родов в родильных домах, а также еще больше снизила готовность граждан рожать¹⁵.

¹⁴ Электронная энциклопедия Baidu. 百科 : 生育政策 (Политика рождаемости) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baike.baidu.com/item/%E7%94%9F%E8%82%B2%E6%94%BF%E7%AD%96> (дата обращения 04.02.2022).

Жэньминьцзян – Народная Сеть, официальное интернет-издание ЦК КПК: Доля «вторых детей» высока, а коэффициент рождаемости снижается... Национальное бюро статистики отвечает на вопросы рождаемости. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1699433800931386923&wfr=baik> (дата обращения: 05.02.2022).

Этап четвертый: политика «Одна семья – три ребенка»

31 мая 2021 года было созвано заседание Политбюро ЦК КПК – высшего партийного органа – для дальнейшей оптимизации политики рождаемости и реализации политики, согласно которой одна пара может иметь троих детей, и мер поддержки, которые помогут улучшить структуру населения Китая, осуществить государственную стратегию активного реагирования на старение населения и сохранить преимущества Китая в области людских ресурсов.

27 июля 2021 года проект поправки к Закону КНР «О народонаселении и планировании рождаемости» был представлен на рассмотрение 30-й сессии ПК Всекитайского Собрания Народных Представителей (ВСНП) 13-го созыва. В июне 2021 года ЦК КПК и Госсовет КНР приняли решение об оптимизации политики рождаемости для содействия долгосрочному сбалансированному развитию населения, четко предлагая реализацию политики «Одна семья – три ребенка» и комплексных мер поддержки семей.

20 августа 2021 года Постоянный комитет ВСНП проголосовал за поддержание партийной инициативы и принял решение о внесении поправок в Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости». В пересмотренном Законе определяется, что государство поддерживает вступление в брак и вынашивание, рождение и воспитание детей, супружеская пара может иметь троих детей.

Однако, как уже было сказано ранее, для рождения третьего ребенка требуется получить разрешение, так как оно допускается только в случае принятия семьей некоторых ограничений и требований, таких как:

1. Больше не иметь детей в будущем, дабы избежать нарушения Закона «О народонаселении и планировании рождаемости» и сопутствующих ему актов;
2. Оба супруга обязаны подать совместное заявление о рождении ребенка;
3. Семейная среда должна быть способствующей здоровому росту детей.

Помимо этого, семья, желающая завести третьего ребенка, должна отвечать одному из следующих условий:

СЛЕДУЕТ ТАКЖЕ ОТМЕТИТЬ, ЧТО ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КИТАЕМ РОЖДАЕМОСТИ СВОИХ ГРАЖДАН НЕ ПРОТИВОРЕЧИТ МЕЖДУНАРОДНЫМ АКТАМ, ТАК КАК, НАПРИМЕР, ВСЕОБЩАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА УСТАНОВЛИВАЕТ ПРАВО ЛЮБОГО ЧЕЛОВЕКА «ВСТУПАТЬ В БРАК И ОСНОВЫВАТЬ СВОЮ СЕМЬЮ», НО НИ ОНА, НИ ИНЫЕ ОСНОВНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ АКТЫ НЕ УТОЧНЯЮТ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА ЗАВОДИТЬ ДЕТЕЙ И НЕ УТОЧНЯЕТ В КАКОЙ БЫ ТО НИ БЫЛО ФОРМЕ ИХ ВОЗМОЖНОЕ КОЛИЧЕСТВО

1. Пара забеременела после усыновления ребенка в соответствии с законом;
2. Перед повторным браком один из супругов имел двоих детей, а другой был бездетен, и в нынешней семье детей нет;
3. У обоих супругов был ребенок до повторного брака, и в нынешней семье детей нет;
4. До повторного брака у обоих супругов было по одному ребенку, один из супругов овдовел, и в нынешней семье есть только один ребенок;
5. Первыми детьми, рожденными супружеской парой, являются близнецы, и органом учета детей-инвалидов городского уровня или выше вынесен диагноз, что оба ребенка имеют генетическое (наследственное) заболевание и не смогут вырасти до нормальной трудоспособности;
6. Первый ребенок, рожденный супружеской парой, имеет генетическое (наследственное) заболевание, не сможет вырасти до нормальной трудоспособности и, в соответствии с государственными «Диагностическими стандартами медицинской экспертизы детей-инвалидов и руководящими принципами повторного рождения» (приложение к Приказу № 7 Государственного Комитета по планированию семьи), проходит

перинатальную диагностику и скрининг, после чего родителям разрешается повторное рождение;

7. До повторного брака оба супруга имели суммарно не более двух детей, после заключения повторного брака в семье рождается один ребенок, и органом учета детей-инвалидов городского уровня или выше вынесен диагноз, что ребенок имеет генетическое (наследственное) заболевание и не сможет вырасти до нормальной трудоспособности.

Помимо прочего, бездетной считается и такая новообразованная семья, в которой несовершеннолетних детей нет, а несовершеннолетние дети от прошлых браков проживают с бывшими супругами по решению суда или соглашению о расторжении брака¹⁶.

Следует также отметить, что правовое регулирование Китаем рождаемости своих граждан не противоречит международным актам, так как, например, Всеобщая декларация прав человека устанавливает право любого человека «вступать в брак и основывать свою семью», но ни она, ни иные основные международные акты не уточня-

ют право человека заводить детей и не уточняет в какой бы то ни было форме их возможное количество.

Можно сделать вывод, что нормативно-правовое регулирование планирования семьи и деторождения в Китае постоянно совершенствуется, продолжая справляться со всеми возникающими негативными обстоятельствами. Об успехе такого регулирования можно судить по тому, что с начала 1970-х годов демографические показатели Китая практически всегда соответствуют установленным государственными демографическими планами значениям, что позволяет правительству КНР успешно делать прогнозы и составлять реализуемые планы на ближайшее будущее страны, предотвращая возможные кризисы и сохраняя уровень жизни населения на достаточно высоком уровне. Анализ реализации и результатов правового регулирования планирования семьи китайскими государственными органами может с уверенностью показать, что указанное регулирование эффективно, социально и экономически оправдано и в должной мере соответствует сложившейся к настоящему моменту в КНР идеологии.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. 张翼. 中国人口控制政策的历史变化与改革趋势 (广州大学学报(社会科学版) 第5卷第8期2006年8月) – Чжан И. Историческая тенденция изменений и реформ в политике рождаемости в Китае // Издание общественных наук Вестника Гуанчжоуского университета, том 5, выпуск 8. Гуанчжоу: 2006 (пер. с кит. автора).
2. 孙沐寒. 中国计划生育史. 长春: 北方妇女儿童出版社, 1990. – Сунь Мухань. История планирования семьи в Китае. Чанчунь: Женское и детское издательство «Север», 1990 (пер. с кит. автора).
3. 包蕾萍. 中国计划生育政策50年评估及未来方向. 社会科学 2009 6 – Бао Лэйпин. Оценка 50 лет политики рождаемости в Китае и будущих тенденций. Журнал «Социальные науки», 2009г. №6 (пер. с кит. автора).
4. Ахтемова Л. Поколение «Я» в Китае // Жэньминьван – Официальное интернет-издание ЦК КПК [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://russian.people.com.cn/95181/8148971.html> (дата обращения 04.02.2022).

<http://www.findlaw.cn/> (дата обращения 04.02.2022).

5. L. Cameron, N. Erkal, L. Gangadharan, and X. Meng. Little Emperors: Behavioral Impacts of China's One-Child Policy. Science, 10 January 2013 DOI: 10.1126/science.1230221 (пер. с англ. автора).
6. Monash University. «Effects of China's One Child Policy on its children.» ScienceDaily, 10 January 2013. (пер. с англ. автора).

Нормативно-правовые акты

и партийные документы:

7. (2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过 根据2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国人口与计划生育法〉的决定》修正 – Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости» (принято на 25-й сессии ПК ВСНП 19-го созыва 29.12.2001, с поправками согласно Решению 18-й сессии ПК ВСНП 20-го созыва от 27.12.2015 «О внесении поправок в Закон КНР «О народонаселении и планировании рождаемости»» (пер. с кит. автора).

⁸ Электронный портал Findlaw.cn: 十二五计划生育政策 (Политика планирования рождаемости в 12-ю пятилетку). [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.findlaw.cn/zhinan/article_1047865.html (дата обращения: 05.02.2022).

8. 中共中央、国务院关于认真提倡计划生育的指示（一九六二年十二月十八日根据中共中央文件刊印，责任编辑：悦琪）— Инструкция ЦК КПК и Государственного совета «По серьёзной пропаганде планирования семьи» (издана совместно ЦК КПК и Государственным советом 18.12.1962, ответственный редактор Юэ Ци) (пер. с кит. автора).
9. 中华人民共和国宪法（1982年12月4日第五届全国人民代表大会第五次会议通过，1982年12月4日全国人民代表大会公告公布施行，根据1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》、2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》和2018年3月11日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》修正）— Конституция КНР (принята на 5-й сессии ВСНП V созыва 04.12.1982, вступила в силу официальной публикацией ВСНП 04.12.1982, поправки внесены в соответствии с принятыми 1-й сессией ВСНП VII созыва «Поправками к Конституции КНР» от 12.04.1988, принятыми 1-й сессией ВСНП VIII созыва «Поправками к Конституции КНР» от 29.03.1993, принятыми 2-й сессией ВСНП IX созыва «Поправками к Конституции КНР» от 15.03.1999, принятыми 2-й сессией ВСНП X созыва «Поправками к Конституции КНР» от 14.03.2004 и принятыми 1-й сессией ВСНП XIII созыва «Поправками к Конституции КНР» от 11.03.2018) (пер. с кит. автора).
10. 中国人民解放军计划生育条例（2003年04月03日中央军委通过 根据2014年06月30日中央军委《中央军委关于修改〈中国人民解放军计划生育条例〉的决定》修— Положение НОАК «О планировании семьи» (принято Центральным военным советом 03.04.2003, с поправками согласно Решению ЦВС от 30.06.2014 «О внесении поправок в Положение НОАК «О планировании семьи»») (пер. с кит. автора).
11. 流动人口计划生育管理和服务工作若干规定（2003年12月01日国家人口和计划生育委员会通过，2004年01月01日实施— Некоторые положения по работе по обслуживанию и управлению планированием семьи мигрирующего населения (приняты Государственным комитетом по народонаселению и планированию рождаемости 01.12.2003, вступили в силу 01.01.2004).

Электронные ресурсы:

12. Стенограмма пленарного 18-го заседания Всекитайского съезда представителей КПК [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://wenku.baidu.com/view/f41f18a20166f5335a8102d276a20029bc646304.html> (дата обращения 05.02.2022) (пер. с кит. автора).
13. Коэффициент рождаемости по регионам и общий коэффициент рождаемости женщинами детородного возраста (таблица Госстата КНР) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/rkpc/6rp/html/B0604a.htm> (дата обращения 04.12.2021) (пер. с кит. автора).
14. Жэньминь Ван — Народная Сеть, официальное интернет-издание ЦК КПК: Доля «вторых детей» высока, а коэффициент рождаемости снижается... Национальное бюро статистики отвечает на вопросы рождаемости. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1699433800931386923&wfr=baiku> (дата обращения: 05.02.2022) (пер. с кит. автора).
15. Электронный портал Findlaw.cn: 十二五计划生育政策 (Политика планирования рождаемости в 12-ю пятилетку). [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://www.findlaw.cn/zhinan/article_1047865.html (дата обращения: 05.02.2022) (пер. с кит. автора).
16. Электронная энциклопедия Baidu.百科：生育政策 (Политика рождаемости) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://baike.baidu.com/item/%E7%94%9F%E8%82%B2%E6%94%BF%E7%AD%96> (дата обращения 04.02.2022) (пер. с кит. автора).



УДК 343.01



Сидоренко Софья Андреевна
(sofiasidorenko@yandex.ru)

Студентка 4 курса бакалавриата
Юридического факультета МГУ
им. Ломоносова

Sofia Sidorenko

4th-year student of bachelor
program
Faculty of Law Lomonosov
Moscow State University

АВТОНОМИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА: НАРУШЕНИЕ ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКОГО ЕДИНСТВА ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ИЛИ ОБОСНОВАННАЯ НЕОБХОДИМОСТЬ?

THE AUTONOMY OF CRIMINAL LAW: A CONTRADICTION TO THE TERMINOLOGICAL UNITY OF THE LEGAL SYSTEM OR A JUSTIFIED NECESSITY?

АННОТАЦИЯ: Статья посвящена проблеме автономии уголовного права и терминологического единства правовой системы. Рассматриваются вопросы, связанные с доктринальным определением предмета уголовного права, конструированием бланкетной диспозиции и правоприменительным пониманием допустимости автономии уголовно-правовой терминологии. Автор приходит к выводу о необходимости исключений из презумпции приоритета регулятивных отраслей в пользу автономии уголовного права сообразно целям практического применения уголовного закона.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: автономия уголовного права, терминологическое единство правовой системы, предмет уголовного права, регулятивная отрасль, бланкетность, легальная дефиниция.

ANNOTATION: Corporate law is one of the most dynamically developing and changing branches of Russian law, which necessitates an accurate understanding and research of its provisions and institutions, including restructuring. This procedure is considered by the author in the context of the nature of a legal entity. The author traces the conceptual differences in understanding of a legal entity in European law due to differences in the application of Roman law through comparative legal analysis of Russian and English law. The conclusion is the hypothesis of the existence of two ways to the regulation and interpretations of the restructuring of a legal entity.

KEY WORDS: autonomy of criminal law, terminological unity of the legal system, the subject of criminal law, regulatory branch of law, presence of blanket norms, legal definition.

*«Sharpened awareness of words
to sharpen our perception of phenomena»*

H.L.A. Hart «The Concept of Law»¹

Законодательная терминология является отражением всей классификации законодательных понятий и путеводной нитью для юридической конструкции². В рамках юридического толкования важно конституировать значение и смысл употребляемых слов, которым каждая отрасль права придает моносемантическую (т.е. строгую смысловую определенность и однозначность) в форме специальных юридических терминов. Так, В.Н. Кудрявцев указывал, что для правильного применения любого закона требуется «наиболее глубокое и правильное уяснение его буквы»³.

В свою очередь, собственная терминология каждой отдельной отрасли формируется сообразно специфике ее предмета, т.е. круга регулируемых ею общественных отношений. Таким

¹ Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford University Press. 1961.

² Люблинский П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса: монография / П. И. Люблинский; под ред. В. Л. Томсинова. Москва: Зерцало-М, 2014. С. 12.

³ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. 2. изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1999. С. 102.

образом, в сердце проблематики автономии уголовного права лежит вопрос: имеет ли уголовное право свой предмет, т.е. регулирует ли оно сами общественные отношения или же только охраняет, а следовательно, только «подчиняется» другой регулятивной отрасли, в том числе в вопросе терминологии?

Последнее утверждение находило свою поддержку в зарубежной доктрине еще в XVIII веке. Так, Ж. Руссо в трактате «Об Общественном договоре» определял 4 вида отношений между человеком и законом, эксплицируя их в виды законов – политические, гражданские, уголовные и законы, основанные на нравах, обычаях и общественном мнении. Закон уголовный он определял как отношения между неповиновением (человеком) и наказанием (законом) и, в сущности, считал его скорее санкцией всех остальных законов, чем особым видом последних⁴.

Английский ученый И. Бентам отождествлял преступление как объявление посредством закона какого-либо действия воспрещенным, а право он детерминировал как удостоверение обладания каким-либо благом. Согласно его размышлениям, в самом существе невозможно составить понятие о праве, не образовав понятия о преступлении, что следует из того, что, устанавливая действие и тем самым давая определенное право, закон также облекает в форму преступления нарушение такого права. Установление права и обязанности он относит к качеству гражданского закона («ты не должен красть»), а повеление и запрещение к уголовному (наказание за кражу). Таким образом, первый закон не подразумевает второй, но вто-

рой подразумевает первый. Посему уголовный закон является лишь следствием, продолжением и заключением всякого другого закона. Выводом автора является утверждение не только о единстве терминологии для гражданского (который занимается детализацией случаев) и уголовного закона (который, в свою очередь, детализирует наказание за нарушение случая), но и о единстве уголовного и гражданского права⁵.

Представитель германской доктрины К. Биндинг также считал, что уголовная противоправность выражается в санкции уголовного закона за нарушение нормы права, содержащейся в других отраслях права⁶. Его современник и коллега А.Ф. Бернер указывал, что уголовному судье при необходимости пополнять уголовное право определениями права гражданского следует руководствоваться ими в том виде, в каком они существуют в гражданском праве. Однако он обозначал и возможность допускать исключения из этого правила: например, при оценке кражи отступать от принятого понятия движимой вещи

в гражданском праве, но только при явно выраженной воле законодателя на это⁷. В современной немецкой теории также отсутствует упоминание о регулирующей функции уголовного права⁸.

Отрицание способности уголовно-правовых норм самостоятельно давать начало общественным отношениям и регулировать их нашло поддержку и в советском уголовном праве⁹. Так, А.А. Пионтковский высказывал точку зрения, согласно которой «уголовные законы придают особую силу уже существующим нормам других

**В СЕРДЦЕ ПРОБЛЕМАТИКИ
АВТОНОМИИ УГОЛОВНОГО
ПРАВА ЛЕЖИТ ВОПРОС:
ИМЕЕТ ЛИ УГОЛОВНОЕ
ПРАВО СВОЙ ПРЕДМЕТ,
Т.Е. РЕГУЛИРУЕТ ЛИ ОНО
САМИ ОБЩЕСТВЕННЫЕ
ОТНОШЕНИЯ ИЛИ ЖЕ
ТОЛЬКО ОХРАНЯЕТ,
А СЛЕДОВАТЕЛЬНО, ТОЛЬКО
«ПОДЧИНЯЕТСЯ» ДРУГОЙ
РЕГУЛЯТИВНОЙ ОТРАСЛИ,
В ТОМ ЧИСЛЕ В ВОПРОСЕ
ТЕРМИНОЛОГИИ?**

⁴ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. / Пер. с фр. – М.: «Канон-пресс», «Кучково поле», 1998.

⁵ Иеремия Бентам. Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении. 1805 год.

⁶ Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. СПб. 1887. С. 108.

⁷ Berner A. F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig. 1857.

⁸ Вессельс Й., Бойльке В. Уголовное право РФ: Учебник / Пер. с нем. Я.М. Плошкиной. 2006. С. 19.

⁹ См.: Лейст О.Э. Санкции в советском праве. М. 1962.; В.Г. Смирнов Правоотношение в уголовном праве // Правоведение. 1961. №3;

отраслей права, нарушение которых признается преступлением»¹⁰. Основные доводы представителей современной уголовной науки связываются и с выше описанными тезисами, и с тем, что наиважнейшие права, закрепленные в Уголовном Кодексе РФ (далее – УК РФ), такие как жизнь, здоровье, право на необходимую оборону и т.д., корреспондируют естественным правам, также закрепленным и в Конституции, и в международных актах, а значит, не являются самостоятельными нормами уголовного права. В это же время иные нормы, например, устанавливающие обстоятельства, исключающие преступность деяния, направлены только на регламентацию мер юридической ответственности¹¹.

Отлична от выше раскрытых мнений позиция профессора Н.С. Таганцева, который указывал, что помимо признания функции охраны законов иных отраслей («уголовный закон – определительный закон») при принятии государством нового уголовного закона всегда будут создаваться с самостоятельной юридической природой нормы, содействующие охране общественных интересов (можно в этом дискурсе привести пример: при составлении УК РФ 1996 года был впервые сформулирован уголовно-правовой запрет насильственного лесбиянства) и самостоятельно и непосредственно порождающие запрет, не отраженный до ни в какой другой отрасли права¹². Данную позицию поддерживает и ряд современных российских ученых¹³. Н.Е. Крылова отмечает несостоятельность аргумента об исключительно санкционирующей функции уголовного

права – в каждой отрасли права также предусмотрена своя ответственность за нарушение нормы права (например, гражданско-правовой деликт), свои собственные меры принуждения к исполнению установленных правил поведения. В преступление деликт превращается, когда субъектом возникшего правоотношения по поводу нарушения права становится государство ввиду особой общественной опасности деяния. Кроме того, существует множество норм Особенной части, где устанавливается ответственность за посягатель-

ства на общественные отношения, не урегулированные какой-либо другой отраслью права или урегулированные иными социальными нормами, например, нормами морали (ст. 125, ст. 135 УК РФ и др.), которые В.Н. Кудрявцев называл «специфическими уголовно-правовыми запретами»¹⁴. Помимо этого, в рамках УК РФ существует ряд уникальных норм, касающихся правомерного причинения вреда или освобождения от уголовной ответственности и др.¹⁵ Интересна позиция

П.С. Яни, который указывает, что, воздействуя на общественные отношения с целью охраны, уголовно-правовая норма особым методом и регулирует их¹⁶. М.А. Михеенкова указывает, что корректней говорить о защите уголовным правом тех или иных ценностей, а не норм – иной подход просто не соответствует социальной роли уголовного права¹⁷.

Таким образом, представляется наиболее соответствующим истине подход, отстаивающий наличие у данной отрасли собственного предмета

**ТАКИМ ОБРАЗОМ,
ПРЕДСТАВЛЯЕТСЯ НАИБОЛЕЕ
СООТВЕТСТВУЮЩИМ ИСТИНЕ
ПОДХОД, ОТСТАИВАЮЩИЙ
НАЛИЧИЕ У ДАННОЙ
ОТРАСЛИ СОБСТВЕННОГО
ПРЕДМЕТА РЕГУЛИРОВАНИЯ,
ПОД КОТОРЫЙ ПОПАДАЮТ
ДВЕ ГРУППЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ
ОТНОШЕНИЙ –
ОХРАНИТЕЛЬНЫЕ
И РЕГУЛЯТИВНЫЕ**

¹⁰ Курс советского уголовного права: в 6 т. / А.А. Пионтковский; редкол: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чиквадзе. – М.: Наука, 1970. С. 12.

¹¹ Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004; Н.Ф. Кузнецова Критерии эффективности уголовного закона. МГУ 2003.

¹² Таганцев Н.С. Курс русского уголовного права. СПб. 1902.

¹³ См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. – 6-е изд., перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2017. С. 11 – 12.; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2. изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1999.

¹⁴ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2. изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1999.

¹⁵ Уголовное право Российской Федерации. Учебник. Под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М.: Статут, 2012. С. 14.

¹⁶ Яни П.С. Актуальные проблемы уголовной ответственности за экономические и должностные преступления: диссертация ... д. ю. н. М. 1996. С. 56.

¹⁷ Михеенкова М.А. Принцип автономии уголовного права и процесса в классической континентальной доктрине. // Закон. – 2013. – № 8.

регулирования, под который попадают две группы общественных отношений – охранительные и регулятивные.

Охранительные отношения. Возникающее вследствие совершения преступления некое «повреждение» существующего баланса прав и обязанностей нарушенного регулятивного правоотношения восстанавливается возникшим уголовно-правовым отношением. Государство имеет право и обязанность возложить ответственность и наказание на субъект (через суд). Субъект, т.е. лицо, совершившее преступление, в свою очередь, имеет обязанность терпеть неблагоприятные последствия, которые закон связывает с совершением преступления, а также право на обоснованную юридическую оценку его деяния. Таким образом, суть охранительных отношений состоит в реализации уголовной ответственности, наказания и освобождения от уголовной ответственности и наказания¹⁸.

Регулятивные отношения. Уголовный закон также предоставляет определенные права и возлагает обязанности. Обязанность выражается через запрет: через установление запрета совершать преступление детерминируется обязанность не совершать такое преступление. Налагая такую обязанность, уголовный запрет регулирует поведение в обществе. Г. Харт в своем фундаментальном труде «The Concept of Law» отмечал: «Некоторые типы поведения посредством определенных правил утверждаются в качестве стандартов, которым должно следовать общество, такой стандарт в виде закона нарушается, и следует санкция. Так выражается метод уголовно-правового контроля, который является основным приемом, с помощью которого контролируется общество»¹⁹. В рамках анализируемых общественных отношений реализуется и правоконстатирующая функция уголовного права, например, закрепление обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Уголовный закон имеет своим объектом важнейшие общественные институты, такие как жизнь человека, его здоровье, половая неприкосновенность и т.д. Как указывал П.И. Люблинский, в таких случаях («в области серьезных преступлений») уголовный законодатель должен пользоваться известной автономностью в определении круга воспрещаемого поведения, а для этого он сам должен наметить границы преступного в уголовном законе²⁰. Можно с полной уверенностью заключить, что в части регулятивных отношений может полностью реализовываться автономия уголовного права, т.е. применяться подходы толкования терминов только для собственных уголовно-правовых целей. Данную позицию высказывал и Н.С. Таганцев: часть терминов, более и менее точно определенных в других отраслях права, должна закрепляться и в уголовном законе (по причине охранительной функции), но некоторые категории становятся самостоятельными понятиями, иногда даже своеобразной конструкцией фраз. Так вырабатывается собственный язык уголовного права, «имеющий громадное преимущество по своей точности и определительности: чем выше стоит кодекс с точки зрения законодательной техники, тем большее значение приобретает в нем эта своеобразность языка, твердость и устойчивость употребленных терминов»²¹.

На сегодняшний день основная дискуссия развивается в части преступлений в сфере экономики, где особо ярко проявляется уголовно-правовая охранительная функция: может ли здесь уголовное право иметь автономию и не будет ли правоприменитель при толковании функционально связанным гражданским законодательством?

Твердую позицию за полное подчинение уголовно-правового толкования регулятивному законодательству высказывали такие уважаемые ученые, как М.Д. Шаргородский²², Н.И. Пикуров²³, А.Э. Жалинский²⁴, Н.А. Лопашенко²⁵, И.В. Шишко²⁶,

¹⁸ Уголовное право России. Части Общая и Особенная / Под ред. А.И. Рарога. 3-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. С. 4-5.

¹⁹ Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford University Press. 1961.

²⁰ Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса: монография / П. И. Люблинский; под ред. В. Л. Томсинова. – Москва: Зерцало-М, 2014. С. 24.

²¹ Таганцев Н.С. Курс русского уголовного права. СПб. 1902.

²² Шаргородский М.Д. Уголовный закон. // Редкол.: Герцензон А.А., Голяков И.Т., Исаев М.М. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948.

²³ Пикуров Н. И. Уголовное право в системе межотраслевых связей / под ред. Наумова А. В.; Волгогр. Юрид. Ин-т. Волгоград. 1998.

²⁴ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2009.

²⁵ Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: В 2 ч. М.: Юрлитинформ, 2015. Ч. I.

²⁶ Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.

В.В. Хилюта²⁷, и др. Можно систематизировать доводы приведенных авторов следующим образом:

- Функциональная сущность уголовного права выражается в защите отношений, которые уже урегулированы в иных отраслях. Уголовный запрет не может быть шире запрета, определенного регулятивным законодательством. Следовательно, уголовное право обусловлено нормами позитивного права и не может придавать иное значение тем отношениям, которые охраняет;
- Отличное содержание терминологии может привести к межотраслевым правовым коллизиям, что породит различные подходы к квалификации деяний, за чем последует непредсказуемость и нестабильность судебной практики;
- Бланкетные статьи не могут толковаться исключительно от позитивного законодательства, т.к. оно непосредственно определяет криминализацию или декриминализацию деяния: так, при изменении позитивного законодательства, влекущего в силу бланкетного характера диспозиции уголовно-правовой нормы устранение преступности деяния, будет применяться и ст. 10 УК РФ. Также в случае бланкетности статьи уголовного закона нормы позитивной отрасли служат правовым инструментарием для толкования описания признаков состава уголовной нормы;
- При отсутствии ограничения пределов судебного толкования иноотраслевых терминов для нужд уголовного права возникает опасность появления внесистемных понятий, которые будут отходить от границ закона и нарушать системность и единство языка законодательства, превращая уголовное право в «изолированный правовой институт».

НЕСМОТЯ НА ПРИВЕДЕННЫЕ АРГУМЕНТЫ, СЛЕДУЕТ КОНСТАТИРОВАТЬ СОВРЕМЕННУЮ ТЕНДЕНЦИЮ ОТХОДА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ОТ ЕДИНСТВА ТЕРМИНОЛОГИИ

Несмотря на приведенные аргументы, следует констатировать современную тенденцию отхода судебной практики от единства терминологии. Особенно ярко это выражается на примере незаконного завладения безналичными денежными средствами. Несмотря на то, что Конституционный суд РФ (далее – КС РФ) установил, что по своей природе безналичные денежные средства, существующие в виде записи на банковском счете кредитора, представляют собой его обязательственное требование на определенную сумму к кредитной организации, в которой открыт данный счет²⁸, а также несмотря на закрепление в Гражданском кодексе РФ (далее –

ГК РФ) таких средств в качестве иного имущества – имущественных прав (т.е. их присвоение должно быть посягательством по отношению к праву на имущество и квалифицироваться только как мошенничество), Пленум ВС РФ в своем Постановлении от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» отнес мошеннические действия в отношении данного объекта к хищению, предметом которого является чужое имущество (п.5)²⁹.

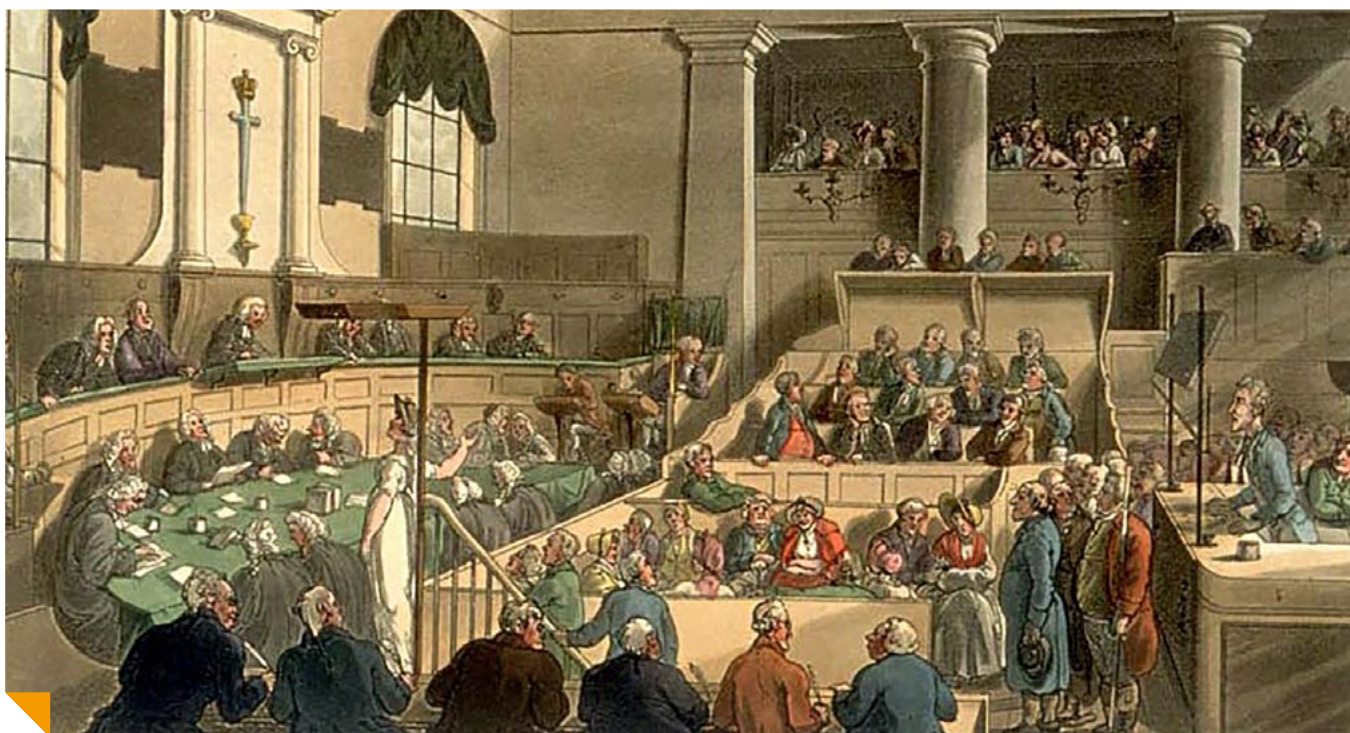
Помимо прямого утверждения, что безналичные средства именно похищаются, обращает на себя внимание и то, что Пленум называет потерпевшего не владельцем счета, что соответствовало бы юридическому содержанию соответствующей гражданско-правовой категории (глава 45 ГК РФ), а владельцем именно средств на этом счете.

В Англии в области экономических правоотношений основная терминология и доказательственная база находятся в нормах гражданского права. Однако необходимость взаимодействия уголовного права с гражданским порождает ряд трудностей, связанных, прежде всего, с различными целями данных двух отраслей в части, например, отношений по поводу права собственности: так, для гражданского права важна определенность права собственности, когда

²⁷ Хилюта В.В. Пределы автономности уголовного права // Lex russica. 2019. № 4. С. 117-128.

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.2014 № 31-П // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 № 48 (ред. от 29.06.2021) «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // СПС «КонсультантПлюс».



для уголовного – это превенция преступного поведения³⁰. Разнородная цель может привести к коллизиям, как, например, в деле *R v Hinks*, когда сделка, представляющая собой действительное дарение в гражданском праве и правомерно наделяющая одаряемого правовым титулом, в уголовном деле была признана актом кражи исходя из цели защиты дарителя от несправедливости³¹.

В российском праве можно привести подобный пример – защита уголовным правом фактического владения при отсутствии правового титула на вещь. Данный дискуссионный вопрос: «Можно ли украсть украденное?» служит примером расхождения границ гражданского и уголовного регулирования, когда деянием ущерб отношениям собственности не причиняется (так как был уже причинен при первоначальном изъятии у законного владельца), но тем не менее включается в объект уголовно-правовой охраны, при этом не имея гражданско-правовой защиты ввиду противоправности владения. Таким образом, можно увидеть, как цели двух отраслей расходятся и уголовное право выходит за границы подчинения праву гражданскому.

Оценка уголовного права как охранительной отрасли дана через системное видение права, т.е.

через призму взаимосвязи всех отраслей. Можно сказать, что свидетельством системности права является в том числе существование бланкетных диспозиций в уголовном кодексе и их систематическое толкование, задачей которого является установление логических связей между отраслевыми нормами. Так, в одном из своих определений об отказе к рассмотрению жалобы гражданина на нарушение его конституционных прав ввиду бланкетного характера и неопределенности содержащегося в статье 172 УК РФ понятия «лицензионные требования и условия» КС РФ указал, что оценка степени определенности содержащихся в законе понятий должна осуществляться исходя не только из самого текста закона и используемых в нем формулировок, но и из их места в системе нормативных предписаний. Именно нарушение положений перечисленных нормативных правовых актов (регулирующие вопросы лицензирования), рассматриваемых во взаимосвязи с оспариваемой статьей уголовного закона, и определяет уголовную противоправность действий лиц, виновных в этом нарушении³².

В УК РФ отсутствуют какие-либо нормы, предусматривающие применение положений иных отраслей (как, например, в ст. 4 Семейного кодекса РФ или

³⁰ Jonathan Herring CRIMINAL LAW. Oxford University Press. 2012. P. 549.

³¹ *R v Hinks* (Karen Maria) [2001] 2 AC 241 // <https://lawprof.co/criminal-law/property-offences-cases/r-v-hinks-2001-2-ac-241-hl/> (дата обращения: 25.05.2022).

³² Определение Конституционного Суда РФ от 01.12.2009 N 1486-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

ст. 11 п.1 Налогового кодекса РФ) или ссылки на конкретные неуголовные акты в бланкетной диспозиции. Однако считается, что тем самым сохраняется «достоинство» уголовной нормы – ее стабильность, устойчивость в условиях перманентной сменяемости иного отраслевого законодательства³². К сожалению, это затрудняет применение бланкетных норм на практике. Несмотря на это, в науке уголовного права распространено мнение о причислении норм иных отраслей права к источникам уголовного права, в чем усматривается практическое значение существования бланкетных диспозиций³⁴.

Следует указать, что характеристика «бланкетность», которая определяется назначением уголовно-правового запрета регулировать уже созданные неуголовными нормами экономические отношения, относится не к нормам закона, то есть его содержанию, а к статьям – техническому оформлению нормы права³⁵.

Так, нормативный материал гражданской отрасли «импонируется» в уголовно-правовую диспозицию, образуя ее «инфраструктуру»³⁶, и становится «клеточкой» уголовно-правовой материи³⁷. Такой вид диспозиции имеет большую гибкость и удобство: она может оставаться неизменной при изменении связанной позитивной нормы в другой отрасли и при этом наполняться содержанием через правоприменительную практику. Н.И. Пикуров считает проявлением бланкетности не только любое использование нормативных предписаний иных отраслей права для уточнения признаков преступного деяния или

отсылку в самой диспозиции на факт нарушения таких предписаний (однако И.В. Шишко считает, что все преступные деяния противоречат иным отраслям права, а значит, выделение такого компонента излишне³⁸), но и простую или описательную диспозицию с бланкетными признаками, когда при конструировании статьи уголовного закона используются лишь отдельные термины другой отраслевой принадлежности³⁹.

**В ПРОЦЕССЕ
КОНКРЕТИЗАЦИИ НОРМЫ
ОТНЕСЕНИЯ И НОРМЫ
ДОПОЛНЕНИЯ ОБРАЗУЕТСЯ
КОМПЛЕКСНАЯ НОРМА.
ИЗ ЭТОГО СЛЕДУЕТ, ЧТО
ИНООТРАСЛЕВОЙ ТЕРМИН
НЕ ОГРАНИЧИВАЕТ
УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ,
Т.К. НЕЛЬЗЯ ГОВОРИТЬ ОБ
ОГРАНИЧЕНИИ НОРМОЙ
СОБСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ,
А ИМЕННО КОНКРЕТИЗИРУЕТ
НОРМУ ОТНЕСЕНИЯ**

В свою очередь, ошибочно утверждение, что в бланкетной диспозиции отсутствуют признаки состава – они есть, но описаны они не точно, не конкретизированно. Данные признаки И.В. Шишко делит на обобщающие признаки («имущество») и признаки понятия («индивидуальный предприниматель»)⁴⁰. Именно в их конкретизации таится неопределенность характера взаимодействия уголовного права и иных отраслей.

В процессе конкретизации нормы отнесения и нормы дополнения образуется комплексная норма. Из этого следует, что иноотраслевой тер-

мин не ограничивает уголовно-правовой, т.к. нельзя говорить об ограничении нормой собственного действия, а именно конкретизирует норму отнесения⁴¹. Таким образом, необходимо как обращение к регулятивному законодательству, так и «равнение» при этом на уголовно-правовое представление о рассматриваемом составе.

Так, существует термин «имущество», раскрываемый в ГК РФ. Уголовное право также использует данный термин, но не дает легальную дефиницию, а использует бланкетную диспозицию. Таким образом,

³² Определение Конституционного Суда РФ от 01.12.2009 N 1486-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

³³ Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 59.

³⁴ Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973.

³⁵ Яни П.С. Актуальные проблемы уголовной ответственности за экономические и должностные преступления: диссертация ... д. ю. н. М. 1996.

³⁶ Пикуров Н. И. Уголовное право в системе межотраслевых связей, / под ред. Наумова А. В.; Волгогр. Юрид. Ин-т. Волгоград, 1998. С.35.

³⁷ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Проспект, 2009. С.33.

³⁸ Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 48.

³⁹ Пикуров Н.И. Квалификация преступлений с бланкетными признаками состава: Монография / Н.И. Пикуров. - Москва: Российская академия правосудия, 2009. С. 37.

⁴⁰ Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 54.

⁴¹ Яни П.С. Толкование уголовного закона // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2012. №4. С.7

существует одна комплексная норма и две статьи: статья дополнения в гражданском законе, к которой отсылает статья отнесения в УК РФ. Смысл аргументации ученых, отстаивающих идею терминологического единства правовой системы, можно выразить в следующем. Данные статьи, являясь частями комплексной нормы, не должны наполняться различным содержанием: уголовный термин должен «подчиниться» гражданско-правовому, так как он только охраняет отношения, урегулированные в ГК РФ, и, наоборот говоря, «скопировать» его содержание.

Представляется наиболее верной «золотая середина» в данной ситуации: презюмировать акцессорность уголовного права, однако допускать отступление от данной презумпции, как того требует наиболее эффективный функциональный подход к праву в нашем XXI веке при условии надлежащей теоретической мотивировки и отсутствии нарушения принципа законности. Таким образом, норма отнесения не копирует норму дополнения, а выборочно конкретизирует саму себя.

Так, в ст. 2 УК РФ закреплена иерархия ценностей, поставленных под уголовно-правовую охрану. Представляется, что задача охраны общественных отношений уголовным правом шире охраны отдельной позитивной нормы как таковой, пусть она и регулирует такие отношения.

Например, в ст. 171 УК РФ закреплён специальный и отсылочный признак объективной стороны – осуществление предпринимательской деятельности. Помимо прочих признаков такой деятельности, закреплённых в ст. 2 ГК РФ, обязательным является ее ведение зарегистрированным в соответствующем качестве субъектом. Однако в рамках уголовного законодательства именно отсутствие регистрации как условие законности предпринимательской деятельности и делает деяние субъекта (который, в свою очередь, согласно ГК РФ, не является субъектом предпринимательской деятельности, т.к. отсутствует регистрация, однако в соответствии с УК РФ все же будет определяться как лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность) незаконным.

Другой пример – определение предмета взяточничества, а именно категории «услуги имущественного характера». В ГК РФ отсутствует данный термин. Под «услугой» подразумевается деятельность ис-

полнителя, не оставляющая материального результата, но создающая полезный эффект (результат). Таким образом, в строго цивилистическом понимании данного термина невозможна квалификация в соответствии с ст. 290 УК РФ, например, выполнения работ, в том числе по договору подряда. В данной связи Пленум ВС РФ в своем Постановлении от 09.07.2013 N 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» указал, что «под незаконным оказанием услуг имущественного характера судам следует понимать предоставление должностному лицу в качестве взятки любых имущественных выгод, в том числе освобождение его от имущественных обязательств (например, предоставление кредита с заниженной процентной ставкой за пользование им, бесплатных либо по заниженной стоимости туристических путевок, ремонт квартиры, строительство дачи, передача имущества, в частности автотранспорта, для его временного использования, исполнение обязательств перед другими лицами)»⁴².

Таким образом, автономия уголовного права может заключаться в возможности отхода от формального значения иноотраслевого термина для нужд уголовно-правового регулирования. При этом в основе должно лежать не намерение правоприменителя придать отличный смысл иноотраслевым терминам, так как одним из главных свойств юридической терминологии является ее внутренняя непротиворечивость, а скорее возможность функциональной конкретизации такого понятия для уголовно-правовых целей, при этом не нарушая признак законности.

Например, можно обратить внимание на квалифицированный состав кражи, где предметом законодатель указывает электронные денежные средства, безналичные деньги. Данные объекты лишены вещной составляющей, как того требует континентальная правовая доктрина для отнесения их к имуществу, однако уголовный закон называет их предметом хищения. Та же ч. 3 ст. 158 закрепляет предметом хищения газ и нефть, однако не будет кражей хищение электроэнергии (а будет причинением имущественного ущерба без признаков хищения по ст. 165 УК РФ). В приведенных случаях можно наблюдать, как законодателем были уточнены границы термина имущество в части

⁴² П. 9 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 N 24 (ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // СПС «КонсультантПлюс».

конструирования предметного квалифицированно-го состава кражи, в чем может также проявляться суть автономии уголовного права.

Представляется, что достойным рассмотрения будет решение вопроса легального толкования терминов через внесение в УК РФ статьи с легальными дефинициями по примеру Уголовно-процессуального кодекса РФ. Об этом говорили в свое время крупнейшие отечественные теоретики, выступающие яркими представителями своих эпох, такие как П.И. Люблинский⁴³, Н.Ф. Кузнецова⁴⁴. Так, М.Д. Шаргородский указывал: «Иногда законодатель может придать терми-

ну специальное значение, однако он должен в таком случае разъяснить, что под этим термином понимается. Такое разъяснение наиболее часто упоминаемых в тексте закона специальных терминов является весьма целесообразным». Таким образом, такое состояние уголовного законодательства, в котором каждый термин имеет свое конкретное определение, будет наиболее стабильным, отвечающим всем важнейшим принципам уголовного законодательства и стало бы наиболее удачным консенсусом в вопросе терминологического единства правовой системы и автономии уголовного права.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Вессельс Й., Бойльке В. Уголовное право ФРГ: Учебник / Пер. с нем. Я.М. Плошкиной; Под ред. Л.В. Майоровой. 35-е изд. Красноярск, 2006 – с. 351.
2. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2009. – 400 с.
3. Иеремия Бентам. Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении. 1805 год.
4. Уголовное право Российской Федерации. Учебник. Под ред. В.С. Комиссарова, Н.Е. Крыловой, И.М. Тяжковой. М.: Статут, 2012. – 879 с.
5. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – 2. изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1999. – 301 с.
6. Кузнецова Н. Ф. О законодательной технике в уголовном праве. // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. 2004. № 4.
7. Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономической деятельности: В 2 ч. М.: Юрлитинформ, 2015. Ч. I. – 336 с.
8. Люблинский, П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса: монография / П. И. Люблинский; под ред. В. Л. Томсинова. – Москва: Зерцало-М, 2014. – 248 с.
9. Михеенкова М.А. Принцип автономии уголовного права и процесса в классической континентальной доктрине // Закон. – 2013. – № 8.
10. Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. – 176 с.
11. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: курс лекций. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2017. – 784 с.
12. Пикуров Н. И. Уголовное право в системе межотраслевых связей / под ред. Наумова А. В.; Волгогр. Юрид. Ин-т. Волгоград, 1998. – 221 с.
13. Пикуров Н.И. Квалификация преступлений с бланкетными признаками состава: Монография / Н.И. Пикуров. – М.: Российская академия правосудия, 2009. – 288 с.;
14. Курс советского уголовного права: в 6 т. / А.А. Пионтковский; редкол: А.А. Пионтковский, П.С. Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – 516 с.
15. Уголовное право России. Части Общая и Особенная / Под ред. А.И. Рарога – 3-е изд., с изм. и доп. – М.: Эксмо, 2009. – 496 с.
16. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. / Пер. с фр. – М.: «Канон-пресс», «Кучково поле», 1998. – 416 с.
17. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая. Том I: лекции. – СПб., 1902.
18. Хиллута В.В. Пределы автономии уголовного права // Lex russica. 2019. N 4.
19. Шаргородский М.Д. Избранные работы по уголовному праву. - Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. – 434 с.
20. Шаргородский М.Д. Уголовный закон. // Редкол.: Герцензон А.А., Голяков И.Т., Исаев М.М. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 311 с.
21. Шишко И.В. Экономические правонарушения. Вопросы юридической оценки и ответственности. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 307 с.
22. Яни П.С. Актуальные проблемы уголовной ответственности за экономические и должностные преступления: диссертация ... д. ю. н. М. 1996.
23. Яни П.С. Толкование уголовного закона // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2012. №4.
24. Berner A. F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig. 1857.
25. Jonathan Herring CRIMINAL LAW. Oxford University Press. 2012.
26. Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford University Press. 1961.

Судебная практика:

27. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 N 24 (ред. от 24.12.2019) «О судебной практике по делам о взятничестве и об иных коррупционных преступлениях» // СПС «КонсультантПлюс».
28. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 N 48 (ред. от 29.06.2021) «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // СПС «КонсультантПлюс».
29. Определение Конституционного Суда РФ от 01.12.2009 N 1486-О-О // СПС «КонсультантПлюс».
30. Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.2014 N 31-П // СПС «КонсультантПлюс».
31. R v Hinks (Karen Maria) [2001] 2 AC 241 // <https://lawprof.co/criminal-law/property-offences-cases/r-v-hinks-2001-2-ac-241-hl/> (дата обращения: 25.05.2022 г.).

Люблинский⁴³ П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса: монография / П. И. Люблинский; под ред. В. Л. Томсинова. – Москва: Зерцало-М, 2014.

Кузнецова⁴⁴ Н. Ф. О законодательной технике в уголовном праве. // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. 2004. № 4.



УДК 342.24



Тихонов Николай Богданович
(nikolaitikhonov02@mail.ru)

Студент 2 курса бакалавриата
Юридического факультета Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики» –
Санкт-Петербург

Nikolay Tikhonov

2nd-year student of of bachelor
program of the Law Faculty, National
Research University
Higher School of Economics –
Saint-Petersburg

Научный руководитель:

Игумнов Никита Александрович

Преподаватель кафедры
конституционного и
административного права
Юридического факультета НИУ
ВШЭ – Санкт-Петербург

Academic supervisor:

Nikita Igumnov

Lecturer of the Department
of the Constitutional and
Administrative Law,
Law Faculty, HSE – Saint-Petersburg

ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПРЕДМЕТОВ ВЕДЕНИЯ И ПОЛНОМОЧИЙ МЕЖДУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ И ЕЕ СУБЪЕКТАМИ В СВЕТЕ РЕФОРМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

THE PROBLEMS OF DEVISION OF AUTHORITY AND POWERS BETWEEN THE RUSSIAN FEDERATION AND ITS SUBJECTS IN THE LIGHT OF THE REFORM OF THE LAW ON PUBLIC AUTHORITY IN THE SUBJECTS OF THE RUSSIAN FEDERATION

АННОТАЦИЯ: Статья посвящена проблеме разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами, актуальность которой возросла в связи с реформой законодательства о публичной власти в регионах. Автор последовательно анализирует эволюцию подхода к разграничению предметов ведения и полномочий, отдельные проблемы в этой сфере и их решение в новом законе, приходя к выводу о том, что федеральный закон является наиболее целесообразным способом регулирования, но отмечая, что описанные ранее в литературе проблемы в этой области не нашли своего решения в ходе реформы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: предметы ведения, полномочия, разграничение предметов ведения и полномочий, договор о разграничении предметов ведения и полномочий, закон о публичной власти.

ANNOTATION: The article is devoted to the problem of division of authority and powers between the Russian Federation and its subjects, the relevance of which has increased in connection with the reform of legislation on public authority in the regions. The author consistently analyzes the evolution of the approach to the division of authority and powers, some problems in this area and their solution in the new law, concluding that the Federal Law is the most appropriate way of regulation, but noting that the problems described earlier in the literature in this area have not been solved during the reform.

KEY WORDS: authority, powers, division of authority and powers, treaties on the delimitation of authority and powers, Law on the Public Authority.

Введение

Статья 1 Конституции Российской Федерации (далее – Конституция)¹ определяет наше государство как демократическое, правовое и федеративное. Федеративный характер государства предопределяет двухуровневое осуществление государственной власти, что, безусловно, предполагает разделение властных полномочий между этими уровнями: Конституция устанавливает, что на этом разграничении основывается федеративное устройство России (часть 3 статьи 5, части 2 и 3 статьи 11).

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993, с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.03.2014 № 6-ФКЗ и от 21.07.2014 № 11-ФКЗ, а также с учетом изменений, одобренных в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 года) // Официальный интернет-портал правовой информации [электронный ресурс]. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102027595> (дата обращения: 22.02.2022).

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЙ, ПО СМЫСЛУ КОНСТИТУЦИИ, ЯВЛЯЕТСЯ, ВО-ПЕРВЫХ, ОДНОЙ ИЗ ОСНОВ ФЕДЕРАТИВНОГО УСТРОЙСТВА ГОСУДАРСТВА, А ВО-ВТОРЫХ, ГАРАНТИЕЙ ПОЛНОЦЕННОЙ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Важно отметить, что разграничение предметов ведения и полномочий должно производиться, во-первых, достаточно эффективно, поскольку от разумного распределения компетенций зависит обеспечение выполнения государством своих обязательств перед гражданами, о чем неоднократно говорил Конституционный Суд², во-вторых, достаточно четко, так как неопределенность в разграничении компетенций чревата нарушением принципа верховенства прав и свобод человека и гражданина, являющихся, по смыслу статьи 18 Конституции, высшей ценностью³.

Таким образом, разграничение полномочий, по смыслу Конституции, является, во-первых, одной из основ федеративного устройства государства, а во-вторых, гарантией полноценной реализации прав и свобод человека и гражданина⁴.

Федеральный закон как способ разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами

Порядок разграничения предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами

(далее также – субъекты РФ, субъекты федерации) – один из самых сложных и неоднозначных вопросов в отечественном конституционном праве. Конституция не дает четких ответов на этот вопрос – общие положения о том, как такое разграничение должно осуществляться, приведены в статьях 5, 11, 71–73, 76–78. Стоит заметить, что по буквальному смыслу части 3 статьи 11 Конституции разграничение предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами может осуществляться лишь двумя средствами: самой Конституцией (а именно статьями 71–73) и договорами (Федеративным и иными).

Вместе с тем на практике договорный способ разграничения полномочий давно не применяется: регулирование в сфере разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами осуществляется «базовым» федеральным законом – принятым недавно Федеральным законом «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» (далее – Закон № 414)⁵, пришедшим на смену Федеральному закону «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁶ (далее – Закон № 184)⁷, а также иными отраслевыми федеральными законами.

Таким образом, на первый взгляд, обнаруживается противоречие между нормой части 3 статьи 11 Конституции, не предусматривающей регулирование в сфере разграничения полномочий на уровне федерального законодательства, и действующим законодательством. Однако практика законодательного разграничения полномочий

² «Федеральный законодатель [...] обладает свободой усмотрения при распределении и перераспределении [...] государственно-властных полномочий между органами различных территориальных уровней единой государственной власти в Российской Федерации, с тем чтобы обеспечить наиболее эффективный механизм реализации конституционных функций государства, прежде всего его основополагающей функции – защиты прав и свобод человека и гражданина (статьи 2 и 18 Конституции Российской Федерации) в сферах общественных отношений, выступающих объектами государственного воздействия». См.: Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июня 2008 года № 452-О-О, от 6 ноября 2014 года № 2427-О, от 26 апреля 2016 года № 900-О и др.

³ На важность определенности законодательства неоднократно указывал Конституционный Суд: «...из принципов правового государства, верховенства закона и юридического равенства, закрепленных в статьях 1 (часть 1), 4 (часть 2), 15 (части 1 и 2) и 19 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации, вытекает общеправовой критерий определенности, ясности и недвусмысленности правовой нормы, без соблюдения которого невозможно ее единообразное понимание и, соответственно, применение; неоднозначность, нечеткость и противоречивость правового регулирования препятствуют адекватному усмотрению его содержания, допускают возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения, ведут к произволу и тем самым ослабляют гарантии защиты конституционных прав и

свобод». См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июля 2017 года № 22-П // СЗ РФ. 2017. № 31. Ст. 4984.

⁴ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2011. 1007 с. Комментарий к статье 11.

⁵ Федеральный закон от 21 декабря 2021 года № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 52. Ст. 8973. Далее – Закон № 414.

⁶ Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005. Далее – Закон № 184.

⁷ Здесь и далее при обращении к положениям этого закона автор руководствуется его текстом в редакции Федерального закона от 11 июня 2021 года № 170-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации». URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102062162&rdk=187> (дата обращения: 22.02.2022).

нашла свое обоснование в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 09.01.1998 года № 1-П. Конституционный Суд Российской Федерации (далее – Конституционный Суд, Суд) пришел к выводу, что, несмотря на прямое указание части 3 статьи 11 Конституции, разграничение полномочий между федерацией и ее субъектами посредством федерального законодательства вполне допустимо, указав, что «федеральный закон как нормативный правовой акт общего действия, регулирующий те или иные вопросы совместного ведения, определяет права и обязанности участников правоотношений, в том числе полномочия органов государственной власти, тем самым осуществляет разграничение полномочий». В обоснование такой позиции Суд сослался на положения части 3 статьи 11, пунктов «в», «г», «д» и «к» части 1 статьи 72, частей 2 и 5 статьи 76, статьи 94 Конституции, которые наделяют Федеральное Собрание Российской Федерации правом определять конкретные полномочия федеральных органов государственной власти и органов власти субъектов РФ.

Прежде всего, следует отметить, что приведенное обоснование выглядит несколько неполноценным или недостаточным, даже вызывающим сомнения в приверженности Суда букве Конституции. Между тем представляется возможным выделить два вида аргументов – правовые (теоретические) и практико-ориентированные – которые могли бы быть изложены Судом в Постановлении и укрепить его позицию.

К правовым аргументам следует отнести формулировки положений части 2 статьи 4 и части 2 статьи 15 Конституции, которые не только закрепляют верховенство федеральных законов на всей территории Российской Федерации, но и, по сути, называют их основным и ведущим источником правового регулирования. Аргументы же иного порядка – практико-ориентированные – было бы трудно включить в Постановление, но для

понимания позиции Конституционного Суда их следует учитывать. Речь идет о выборе наиболее эффективного и целесообразного способа разграничения полномочий федерации и ее субъектов. Не исключая важности цели поддержания федеративных начал в устройстве России, следует признать, что обеспечение выполнения обязательств государства перед гражданами и гарантирование их прав и свобод, провозглашенных высшей ценностью, выглядит все же значительнее, а потому в первую очередь нужно исходить именно из этой цели. Для ее достижения логичнее и правильнее использовать узкоограниченный перечень способов (Конституция и договоры) или же имеет смысл обратиться к другому способу, такому как федеральный закон?

Договорный способ разграничения полномочий поначалу активно применялся⁸. Однако в 1999 году был принят Федеральный закон «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации»⁹ (далее – Закон № 119), который установил некоторые ограничения в договорном регулировании¹⁰: было указано, во-первых, что договор заключается только в случае указания на необходимость его заключения в федеральном законе, регулирующем какие-то отношения по предметам совместного ведения, причем если федерального закона в какой-то сфере еще нет, то при его принятии договор в этой сфере должен быть приведен в соответствие с федеральным законом, во-вторых, что уже заключенные договоры должны быть приведены в соответствие с Законом № 119 в течение трех лет. Вместе с тем не были установлены правила действия этих договоров в обозначенный трехлетний переходный период: должно ли быть приостановлено действие уже заключенных договоров, должны ли они применяться в части, не противоречащей закону¹¹.

⁸ Первый такой договор был заключен в 1994 году между Российской Федерацией и Республикой Татарстан. В дальнейшем, в период с 1994 по 1998 год, было заключено еще 42 договора, сторонами в которых выступали Российская Федерация и ее субъекты. Подробнее см.: Костенников М.В., Куракин А.В., Карпухин Д.В. Административно-правовое разграничение предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти в Российской Федерации // Вестник Всероссийского института повышения квалификации сотрудников Министерства внутренних дел Российской Федерации. 2018. № 4 (48). С. 45-61.

⁹ Федеральный закон от 24 июня 1999 года № 119-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3176. Далее – Закон № 119.

¹⁰ Костенников М.В., Куракин А.В., Карпухин Д.В. Указ соч.

¹¹ Шашкова Е.М. Договоры о разграничении полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и её субъектов: забвение или реанимация // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 3. С. 9-13.

В связи с обозначенной неопределенностью правил действия уже заключенных договоров было решено пойти по пути «наименьшего сопротивления» и практически полностью отказаться от разграничения предметов ведения и полномочий посредством договоров: по инициативе федерального центра большая их часть была расторгнута¹². В 2003 году Закон № 119 утратил силу, одновременно были внесены изменения в Закон № 184, которыми было установлено, что, во-первых, договоры о разграничении полномочий применяются только в исключительных случаях, когда это обусловлено индивидуальными особенностями конкретного субъекта РФ, во-вторых, каждый такой договор подлежит утверждению федеральным законом, причем уже действующие договоры должны были быть утверждены в течение двух лет. Поскольку этого не произошло, оставшаяся часть договоров утратила свою силу – на этом практика договорного регулирования себя исчерпала¹³.

В литературе выделяется несколько причин этому. Так, во-первых, большое количество договоров по своему содержанию противоречили Конституции¹⁴ и нарушали принцип равенства субъектов РФ¹⁵, во-вторых, новые политические элиты имели другие взгляды на выстраивание федеративных отношений¹⁶. Помимо прочего, в договорном способе регулирования кроется немало проблем: неоднозначным является вопрос о соотношении договора и федерального закона, проблематичным становится поддержание единства и внутренней согласованности правовой системы, выявляется непроработанность вопросов содержания договоров и ответственности за их нарушение¹⁷.

Основная критика договорной практики регулирования все же сводится именно к нарушению принципа равенства субъектов РФ. В Конституции он закрепляется не как принцип абсолютно-го равенства, а, во-первых, равенства «атрибутов

конституционно-правового статуса» (право иметь конституцию или устав, собственные органы власти, законодательство, свою территорию, равное представительство в Совете Федерации)¹⁸, во-вторых, равенства во взаимоотношениях с федеральными органами власти (часть 4 статьи 5). Следует согласиться с С.М. Шахраем, который в своем комментарии к статье 5 Конституции особо подчеркнул, что субъекты федерации в принципе не могут быть совершенно равны между собой – все они разные по своей территории, населению, географическому положению, уровню экономического развития и прочим признакам: «Закрепленное в Конституции равноправие субъектов РФ предполагает их политико-правовую равноценность»¹⁹. Конституционный Суд также указывал на необходимость учета при осуществлении региональной политики особенностей некоторых субъектов РФ, таких как социально-экономическое развитие, исторически сложившаяся структура народного хозяйства и пр.²⁰ В связи с этим договоры о разграничении полномочий допустимы в случаях, когда иное, отличное от общего, разграничение обусловлено, например, устойчивой структурой экономики региона, и если оно позволит выстроить адекватную бюджетную политику, при необходимости выделить больше средств из федерального бюджета для развития какой-то сферы, или, наоборот, предоставить больше финансовой автономии в той сфере, где регион успешно справляется самостоятельно. Представляется, что это не нарушит принцип равенства субъектов РФ в том смысле, в каком он провозглашается в Конституции. Стоит заметить, что в таком случае становится понятным, что использование договоров, действительно, должно быть скорее исключением, чем правилом.

Можно выделить и другие проблемы при заключении договоров, связанные, например, с тем, что некоторые субъекты РФ, более сильные

¹² Шашкова Е.М. Указ. соч.

¹³ За исключением случая заключения одного единственного договора с Республикой Татарстан в 2007 году по новой процедуре, который в 2017 утратил свою силу в связи с истечением срока действия (был заключен на 10 лет).

¹⁴ Авакян С.А. Конституционное право России. Учебный курс: учебное пособие: в 2 т. Т. 1. М., 2021. С. 69.

¹⁵ Чертков А.Н., Кистринова О.В. Договорный аспект разграничения полномочий в Российской Федерации: история и современность // Журнал российского права. 2014. № 8 (212). С. 16-24; Шашкова Е.М. Указ. соч.

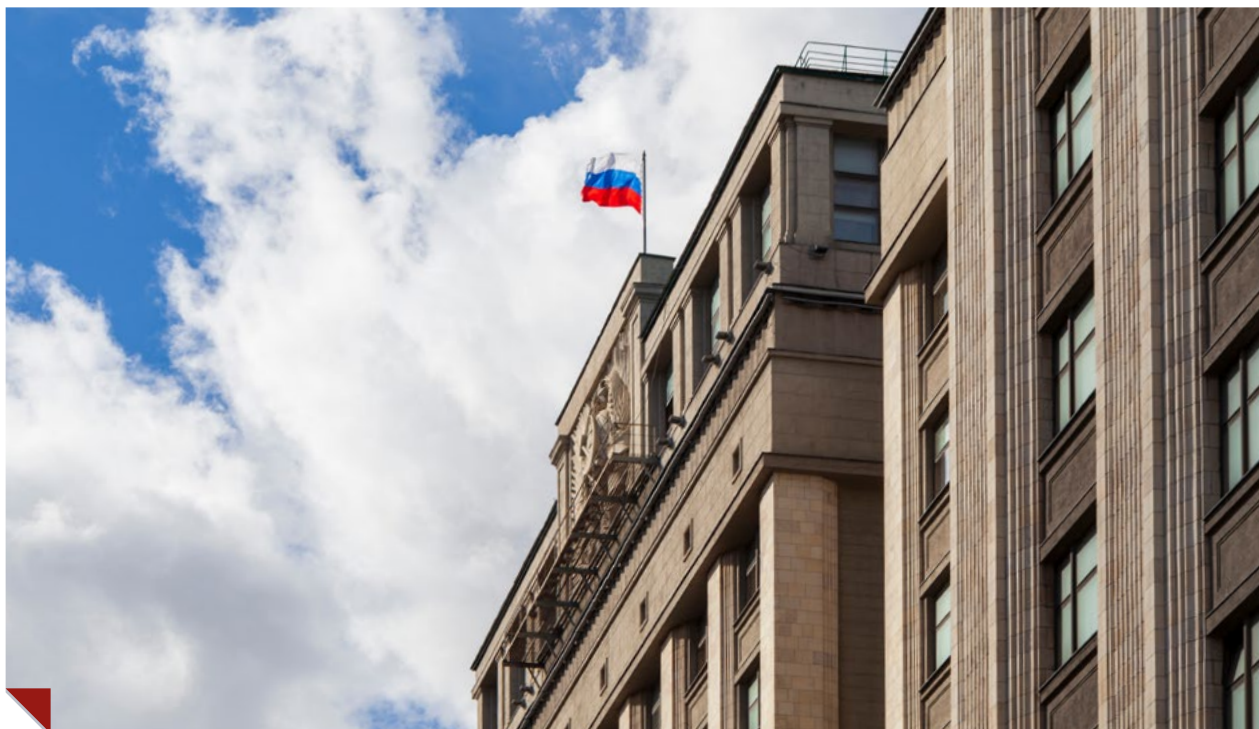
¹⁶ Костенников М.В., Куракин А.В., Карпухин Д.В. Указ. соч.

¹⁷ Гриценко Е.В. Роль нормативных договоров и соглашений в развитии федерализма и местного самоуправления в Российской Федерации // Договор в публичном праве: сб. науч. статей / Под ред. Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк. М., 2009. С. 25.

¹⁸ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2011. 1007 с. Комментарий к статье 5.

¹⁹ Там же.

²⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июля 1996 года № 16-П // СЗ РФ. 1996. № 29. Ст. 3543.



и самостоятельные, могли бы затягивать подписание договора, что порождало бы ситуацию «правового вакуума» и противоречило принципу правовой определенности, а значит, и не соответствовало бы цели защиты прав и свобод человека и гражданина, более слабые же субъекты федерации могли бы быть подвергнуты политическому давлению федерального центра. Федеральные же законы в этом смысле более эффективны, поскольку минимизируется возможность затягивания их принятия в целях достижения каких-то личных (политических) выгод, не уступают они договорам и в том, что субъекты федерации не лишены возможности участвовать в разработке их содержания (посредством предоставления отзывов на него, направления поправок ко второму чтению в процессе принятия закона Государственной Думой, голосования в Совете Федерации).

Таким образом, избранный способ разграничения полномочий в целом не только не противоречит Конституции, что было подтверждено Конституционным Судом и дополнительно аргументировано выше, но и является наиболее эффективным и целесообразным с точки зрения обеспечения прав и свобод граждан.

Проблемы регулирования в сфере разграничения предметов ведения и полномочий: что накопилось и найдены ли решения?

В 2021 году был принят новый федеральный закон, которым устанавливаются общие принципы организации публичной власти в субъектах РФ и общие принципы разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами. Принятие нового закона было обусловлено в том числе и тем, что многочисленные изменения, вносимые в предшествующий закон, превратили последний «в лоскутное одеяло»²¹, что предположительно создавало сложности его применения ввиду противоречивости содержания. Более того, с момента принятия Закона № 184 в науке было выявлено множество проблем в этой сфере регулирования, а потому можно было бы ожидать, что федеральный законодатель, принимая новый закон, отреагирует на обоснованную критику, обратит внимание на доводы научного сообщества и постарается разрешить накопленные противоречия, сложившиеся в практике действия и применения законов № 119 и № 184. Представляется целесообразным проанализировать некоторые

²¹ Стенограммы обсуждений. Законопроект № 1256381-7 [Электронный ресурс] // Система обеспечения законодательной деятельности Государственной Думы (СОЗД) [сайт]. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1256381-7> (дата обращения: 19.02.2022).

проблемы, ранее описанные в литературе, а также то, обратил ли федеральный законодатель на них внимание и каким образом подошел к их решению.

Терминологическая проблема

Действовавший до 2003 года Закон № 119 в статье 2 устанавливал определения основных понятий, используемых в законе, таких как «предмет ведения», «компетенция органа государственной власти», «полномочия органа государственной власти», «договор» и др. В 2003 году этот закон утратил силу, а значит, и определения, приведенные в статье 2, – тоже, поскольку федеральный законодатель, внося поправки в Закон № 184, ставший с того времени единым законом, устанавливающим общие принципы организации органов государственной власти и регулирующим разграничение полномочий между уровнями государственной власти, отказался от легального определения этих понятий.

Вместе с тем в утратившем силу федеральном законе не содержались определения таких понятий, как «разграничение»²², «определение»²³, «установление»²⁴, «передача»²⁵, «перераспределение»²⁶, «конкретизация»²⁷. На неопределенность их значения обращали внимание в науке²⁸. Были попытки и дать авторские определения этим понятиям²⁹.

Понятия «разграничение», «определение» и «установление» необходимо определить так, чтобы их значения не пересекались. Например, неясно, Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»³⁰ «устано-

вил», «определил» или «разграничил» полномочия уровней публичной власти в сфере здравоохранения? С одной стороны, полномочия перечислены в соответствующих статьях, значит, они установлены (или определены?), с другой стороны, они же одновременно и разграничены: на что уполномочены федеральные органы власти, не уполномочены органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления. Из этой же логики исходил и Конституционный Суд в упомянутом Постановлении от 09.01.1998 года № 1-П: «Федеральный закон [...] определяет права

и обязанности участников правоотношений, в том числе полномочия органов государственной власти, и тем самым осуществляет разграничение этих полномочий»³¹. В то же время законодатель по-разному установил правила «установления» («определения») и «разграничения» полномочий: в части 4 статьи 1 Закона № 184 указано, какими актами полномочия могут быть установлены, в части 5 статьи 1 Закона

№ 184 речь идет о том, какими актами осуществляется их разграничение.

Представляется, что попытки научно определить эти понятия являются малопродуктивными: неопределенность терминов в законодательстве приводит к противоречивости его содержания, а значит, и к многочисленным проблемам при его применении и исполнении, эффективно разрешить которые можно лишь легальным способом, а не доктринальным.

Законодатель, принимая новый «базовый» федеральный закон, не был лишен возможности устранить эти противоречия и вернуться к легальному

НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ТЕРМИНОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ПРИВОДИТ К ПРОТИВОРЕЧИВОСТИ ЕГО СОДЕРЖАНИЯ, А ЗНАЧИТ, И К МНОГОЧИСЛЕННЫМ ПРОБЛЕМАМ ПРИ ЕГО ПРИМЕНЕНИИ И ИСПОЛНЕНИИ

²² См., например, статья 11 Конституции, статьи 1, 3, 4, 261, 266, 267 Закона № 184.

²³ См., например, статью 261 Закона № 184.

²⁴ См., например, статьи 2, 3, 17 Закона № 119, статьи 1, 3, 21, 263, 267 Закона № 184.

²⁵ См., например, статьи 1, 3 Закона № 119, статьи 3, 19, 263, 263-1, 2620, 291, 292 Закона № 184.

²⁶ См., например, статью 3 Закона № 184, статью 3 Закона № 119.

²⁷ См. статью 17 Закона № 119.

²⁸ См., например: Васильева С.В., Мазаев В.Д. Пути совершенствования правового регулирования отношений Российской Федерации и субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения // Право и власть. 2002. № 2. С. 56-61.

²⁹ Тихомирова Л.А. Конституционные основы разграничения предметов ведения и полномочий Российской Федерации и ее субъектов в области охраны окружающей среды: научно-практическое исследование // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ Федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

³¹ Выделение курсивом принадлежит автору данной статьи.

определению часто используемых понятий, тем более что практика легального определения используемых в законе понятий весьма распространена³². Вместе с тем в новом федеральном законе также используются понятия «разграничение» и «установление» (статья 4 Закона № 414), «определение» (статья 41 закона № 414) без уточнения их значения, что говорит о том, что законодатель никак не разрешил существующую проблему.

Проблема соответствия предметов ведения и полномочий (проблема «федерального вмешательства»)

В статье 263 Закона № 184 приводится перечень полномочий субъектов РФ по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. При этом некоторые названные федеральным законодателем полномочия как относящиеся к предметам совместного ведения не соотносятся с предметами совместного ведения, указанными в статье 72 Конституции³³. Такой подход федерального законодателя к определению перечня полномочий субъектов РФ явно не соответствует положениям статьи 73 Конституции, указывающей, что все предметы ведения, не поименованные Конституцией как предметы федерального или как предметы совместного ведения, являются предметами исключительного ведения субъектов РФ. Это значит, что и соответствующие полномочия, которые не могут быть включены в предметы совместного ведения, как они установлены в статье 72, должны пониматься как полномочия по предметам ведения субъектов РФ и не могли быть указаны в статье 263 Закона № 184.

Определяя некоторые полномочия как относящиеся к предметам совместного ведения, федеральный законодатель существенно расширяет пределы федерального регулирования, выходя за рамки статей 71 и 72 Конституции.

ОПРЕДЕЛЯЯ НЕКОТОРЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ КАК ОТНОсяЩИЕСЯ К ПРЕДМЕТАМ СОВМЕcТНОГО ВЕДЕНИЯ, ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬ СУЩЕСТВЕННО РАСШИРЯЕТ ПРЕДЕЛЫ ФЕДЕРАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Ведь, как следует из части 2 статьи 76 Конституции, по предметам совместного ведения могут приниматься федеральные законы, которым должны соответствовать законы субъектов РФ, в то время как в случае, если закон субъекта принят по предмету ведения субъектов РФ, он имеет приоритет над федеральным законом, что следует из части 6 статьи 76 Конституции. Фактически в обход процедуры внесения поправок в Конституцию изменяются установленные Основным законом предметы ведения. Такой подход законодателя по существу является преодолением позиции Конституционного Суда, изложенной им в Постановлении от 07.06.2000 № 10-П³⁴, которая затем была отражена и в самом законе № 184: запрещается «передавать, исключать или иным образом перераспределять» предметы ведения, установленные Конституцией. Практика Конституционного Суда в целом позволяет говорить о недопустимости чрезмерного расширения федерального регулирования: Суд подтвердил недвусмысленность формулировки статьи 73 Конституции, устанавливающей, что перечень предметов федерального и совместного ведения ограничен тем, как он установлен статьями 71 и 72, и требующей «остальное» оставить в сфере исключительного усмотрения субъектов РФ³⁵.

С принятием же нового «базового» федерального закона проблема не утратила своей актуальности. В Законе № 414 нашли свое отражение те же самые спорные с точки зрения отнесения их

³² Статьи, посвященные определению используемых в законе терминов, есть, например, в Федеральных законах «Об оружии», «О средствах массовой информации», «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» и множестве других законов.

³³ Бланкенагель А. В поисках исчезнувших исключительных полномочий субъектов Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 1 (58). С. 159.

³⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 07.06.2000 № 10-П // СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728.

³⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 ноября 1995 года № 15-П // СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4868; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июня 2004 года № 12-П // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.

к совместному ведению полномочия, иногда скопированные из предшествующего закона дословно³⁶.

Сопоставление положений двух законов демонстрирует не только игнорирование существующей проблемы чрезмерного федерального вмешательства, но даже ее усугубление – вопреки доводам, что «собственных» полномочий у субъектов федерации стало больше³⁷, наоборот, если ранее Закон № 184 называл 129³⁸ полномочий субъектов РФ по совместному ведению, то нынешний закон приписывает к совместному ведению уже 170 полномочий. Конечно, такое численное сравнение может быть неточным³⁹, но проведенное сопоставление, в целом, подтверждает тенденции, обозначенные ранее в литературе.

Проблема регламентации заключения договоров

В Законе № 184 также был установлен общий порядок заключения договоров о разграничении полномочий. Вместе с тем ему сопутствовали некоторые проблемы. Среди таких проблем следует выделить неясность критериев обоснованности заключения договора⁴⁰. Что именно следует считать такими особенностями конкретного субъекта РФ, что в отношениях с этим субъектом требуется иное разграничение полномочий, чем в отношениях федерации со всеми другими? Обращает на себя внимание и отсутствие механизма реализации права на учет мнения других субъектов РФ при заключении договора, что не позволяет говорить о гарантиях интересов других субъектов РФ и их равноправия во взаимоотношениях с федеральным центром⁴¹.

Единственным примером договора, заключенного по правилам Закона № 184, был Договор между Российской Федерацией и Республикой Татарстан 2007 года⁴². Заключение этого дого-

вора вновь дало импульс дискуссиям о целесообразности применения договоров в области разграничения полномочий. В литературе можно было встретить беспокойство возобновлением практики договорного регулирования⁴³. Заключение договора с Республикой Татарстан продемонстрировало некоторые недостатки законодательной регламентации заключения договоров о разграничении полномочий – прежде всего, возможность излишне расширительного толкования на практике установленного дозволения заключать договоры в случае, если имеются некоторые особенности субъекта РФ. Так как закон не устанавливает обязательности обоснования наличия таких особенностей, стороны договора ограничились их формальным и малосодержательным перечислением, не подтверждая примерами или какими-то аргументами, что они действительно существуют и вынуждают разграничивать полномочия в отличном от общего порядке⁴⁴.

Обобщая, нетрудно заметить, что критика положений Закона № 184, касающихся регламентации заключения договоров о разграничении полномочий, сводится к тому, что требования этого закона недостаточно жестко ограничивают (сдерживают) спорное по целесообразности, эффективности и конституционности договорное регулирование. Соглашаясь отчасти с тем, что нормы закона в этой части действительно во многом носят аморфный характер и создают условия для излишней свободы усмотрения сторон договора, следует признать, что последующая практика сняла поводы для беспокойства – договор с Республикой Татарстан стал первым и на сегодняшний день последним подобным договором, он прекратил свое действие, а потому нельзя утверждать, что нормы закона стимулировали возвращение к неоднозначной, часто неэффективной или даже опасной, по мнению некоторых исследователей, тенденции договорного регулирования.

³⁶ А. Бланкенагель отнес к «спорным» полномочия, предусмотренные подпунктами 1, 4, 11, 12, 26, 34, 35-36 и др. пункта 1 статьи 263 Закона № 184, которым соответствуют подпункты 1, 4, 21, 23, 59, 68, 69 и др. пункта 1 статьи 44 Закона № 414. См.: Бланкенагель А. Указ. соч.

³⁷ Принят закон об организации региональной власти [Электронный ресурс] // Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации [сайт]. URL: <http://duma.gov.ru/news/52980/> (дата обращения: 19.02.2022).

³⁸ Расчеты проведены автором самостоятельно.

³⁹ Какие-то полномочия с учетом корректировки изложения могли быть «разделены» на несколько подпунктов или, наоборот, соединены в один.

⁴⁰ См.: там же.

⁴¹ См.: там же.

⁴² Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан, подписанный в городе Москве 26 июня 2007 года // Доступ из СПС «Гарант».

⁴³ См.: Шашкова Е.М. Указ. соч.

⁴⁴ См.: там же.

Что же касается регламентации заключения договоров в новом «базовом» законе, то сравнение положений статьи 267 Закона № 184 и статьи 50 Закона № 414 показывает, что никаких содержательных нововведений не произошло, однако с точки зрения юридической техники качество изложения норм даже ухудшилось, что не добавляет определенности в их восприятии⁴⁵.

Заключение

Порядок разграничения предметов ведения и полномочий является сложным и дискуссионным вопросом. Разграничение является необходимым с точки зрения обеспечения прав и свобод граждан, а также гарантии федеративного характера нашего государства.

На протяжении истории современного российского государства этот порядок эволюционировал от масштабного использования договора как средства разграничения полномочий, заключаемого по неясным правилам и процедуре, до отказа от этой практики и регулирования посредством федерального законодательства. Такой подход по использованию федеральных законов представляется не только допустимым, что в свое время было подтверждено Конституционным Судом, но и более целесообразным.

Вместе с тем не удалось избежать и некоторых противоречий, которые обнаруживались в науке с момента установления общих принципов разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами, сначала в 1999 году в Федеральном законе «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами

государственной власти субъектов Российской Федерации», затем в 2003 году в Федеральном законе «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Противоречия проистекали из терминологической проблемы, проблемы «федерального вмешательства», проблемы регламентации порядка заключения договоров между федерацией и ее субъектами. Принятие нового федерального закона, которым устанавливаются общие правила разграничения предметов ведения и полномочий, ак-

туализировало их обсуждение. Анализ положений нового федерального закона в аспекте подхода законодателя к известным проблемам показывает, что, к сожалению, они так и не нашли своего законодательного разрешения, несмотря на открывшуюся возможность для широкого их обсуждения и поиска оптимального выхода из сложившихся противоречий.

Среди возможных решений накопленных проблем могли бы быть, во-первых, законодательное закрепление опреде-

лений используемых понятий (таких, как «разграничение», «установление» и др.) в целях наиболее ясного восприятия правил регулирования, во-вторых, если и не уменьшение федерального вмешательства, то хотя бы более тщательное и открытое обсуждение подходов к распределению компетенций между уровнями публичной власти, наконец, в-третьих, более четкая и продуманная регламентация и закрепление конкретных критериев возможности использования такой формы разграничения полномочий, как договор, для исключения произвольного ее применения и для превращения договора в эффективный, реально действующий (а не «спящий») и соответствующий Конституции способ построения федеративных отношений.

АНАЛИЗ ПОЛОЖЕНИЙ НОВОГО ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА В АСПЕКТЕ ПОДХОДА ЗАКОНОДАТЕЛЯ К ИЗВЕСТНЫМ ПРОБЛЕМАМ ПОКАЗЫВАЕТ, ЧТО, К СОЖАЛЕНИЮ, ОНИ ТАК И НЕ НАШЛИ СВОЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РАЗРЕШЕНИЯ

⁴⁵ Например, ранее право субъектов РФ, не являющихся стороной договора, представлять свои предложения и замечания к проекту договора и порядок внесения изменений в одобренный законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ проект договора были логично закреплены в разных пунктах статьи 267 Закона № 184. В статье же 50 Закона № 414 два этих разных по смыслу и содержанию положения почему-то были объединены в один пункт. Точно так же ранее порядок действий высшего должностного лица субъекта РФ по внесению в региональный парламент проекта договора для его одобрения и порядок действий регионального парламента были изложены в разных абзацах пункта 4 статьи 267 Закона № 184 для удобства восприятия, в то время как в Законе № 414 эти положения соединены в один абзац пункта 4 статьи 50. С чем связан такой «экономичный» подход законодателя к изложению норм – неясно.



БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Научная литература:

1. Авакьян С.А. Конституционное право России. Учебный курс: учебное пособие: в 2 т. Т. 1 / С.А. Авакьян. – М.: Норма: ИНФРА-М. – 2021. – 863 с.
2. Бланкенгель А. В поисках исчезнувших исключительных полномочий субъектов Российской Федерации / А. Бланкенгель // Сравнительное конституционное обозрение. – 2007. – № 1 (58). – С. 153-162.
3. Васильева С.В., Мазаев В.Д. Пути совершенствования правового регулирования отношений Российской Федерации и субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения / С.В. Васильева, В.Д. Мазаев // Право и власть. – 2002. – № 2. – С. 56-61.
4. Гриценко Е.В. Роль нормативных договоров и соглашений в развитии федерализма и местного самоуправления в Российской Федерации // Договор в публичном праве: сб. науч. статей / Под ред. Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк. – М.: Волтерс Клувер. – 2009. – С. 21-42.
5. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. – М.: Норма: ИНФРА-М. – 2011. – 1007 с.
6. Костенников М.В., Куракин А.В., Карпунин Д.В. Административно-правовое разграничение предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти в Российской Федерации / М.В. Костенников, А.В. Куракин, Д.В. Карпунин // Вестник Всероссийского института повышения квалификации сотрудников Министерства внутренних дел Российской Федерации. – 2018. – № 4 (48). – С. 45-61.
7. Тихомирова Л.А. Конституционные основы разграничения предметов ведения и полномочий Российской Федерации и ее субъектов в области охраны окружающей среды: научно-практическое исследование // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».
8. Чертков А.Н., Кистринова О.В. Договорный аспект разграничения полномочий в Российской Федерации: история и современность / А.Н. Чертков, О.В. Кистринова // Журнал российского права. – 2014. – № 8 (212). – С. 16-24.
9. Шашкова Е.М. Договоры о разграничении полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и ее субъектов: забвение или реанимация / Е.М. Шашкова // Конституционное и муниципальное право. – 2008. – № 3. – С. 9-13.

Нормативно-правовые акты:

10. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993, с учётом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.03.2014 № 6-ФКЗ и от 21.07.2014 № 11-ФКЗ, а также с учетом изменений, одобренных в ходе общероссийского

голосовании 1 июля 2020 года) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102027595> (дата обращения: 22.02.2022).

11. Федеральный закон от 24 июня 1999 года № 119-ФЗ «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3176.
12. Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.
13. Федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.
14. Федеральный закон от 21 декабря 2021 года № 414-ФЗ «Об общих принципах организации публичной власти в субъектах Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 52. Ст. 8973.
15. Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан, подписанный в городе Москве 26 июня 2007 года // Доступ из СПС «Гарант».

Судебная практика:

16. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июля 1996 года № 16-П // СЗ РФ. 1996. № 29. Ст. 3543.
17. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июля 2017 года № 22-П // СЗ РФ. 2017. № 31. Ст. 4984.
18. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 ноября 1995 года № 15-П // СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4868.
19. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июня 2004 года № 12-П // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.
20. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 07.06.2000 № 10-П // СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728.

Электронные ресурсы:

21. Принят закон об организации региональной власти [Электронный ресурс] // Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации [сайт]. URL: <http://duma.gov.ru/news/52980/> (дата обращения: 19.02.2022).
22. Стенограммы обсуждений. Законопроект № 1256381-7 [Электронный ресурс] // Система обеспечения законодательной деятельности Государственной Думы (СОЗД) [сайт]. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1256381-7> (дата обращения: 19.02.2022).



Сотби

*Все судебные споры
с участием Сотби
завершаются в пользу победителей*

- БАНКРОТСТВО
- СУДЕБНЫЕ СПОРЫ (ВКЛЮЧАЯ МЕЖДУНАРОДНЫЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА)
- КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО
- УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА БИЗНЕСА И УПРАВЛЕНИЕм ЧАСТНЫМ КАПИТАЛОМ

Компания основана в 2003 году. Более 90 юристов ежедневно помогают клиентам Сотби развивать и защищать свой бизнес. Мы работаем во всех регионах России и располагаем обширной партнерской сетью для представления интересов клиентов в Англии, Швейцарии, ОАЭ, Казахстане и других странах.



sotbi.ru

+7 495 933-70-86

President LawJournal

Научный руководитель журнала: Иванова Т.Н.

Главный редактор журнала: Киктенко К.Г.

Заместитель главного редактора: Езюков В.К.

Помощник главного редактора: 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., Радецкая М.В.

Корректор: Гараева С.М.

Верстка: Ху М.К.

Выписка о регистрации СМИ:
ЭЛ № ФС77-78622 от 20.07.2020 г.

ISSN: 2687-1599

Журнал индексируется в РИНЦ: ID 75439

Издательство:
Юридический Дом «Юстицинформ»



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